

UNIVERSITÉ DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

**L'augmentation du capital social par incorporation
des réserves dans les sociétés anonymes en droit suisse**
ÉTUDE FINANCIÈRE ET JURIDIQUE

THÈSE
PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT
PAR
Ali Salman AL-OBEIDI
(IRAK)

THÈSE N° 533

LAUSANNE
IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S.A.
1958

L'AUGMENTATION DU CAPITAL SOCIAL
PAR INCORPORATION DES RÉSERVES
DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES EN DROIT SUISSE
ÉTUDE FINANCIÈRE ET JURIDIQUE

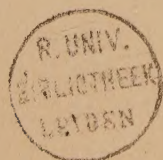
UNIVERSITÉ DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

**L'augmentation du capital social par incorporation
des réserves dans les sociétés anonymes en droit suisse**
ÉTUDE FINANCIÈRE ET JURIDIQUE

THÈSE
PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT
PAR
Ali Salman AL-OBEIDI
(IRAK)

THÈSE N° 533

LAUSANNE
IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S.A.
1958



La Faculté de Droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 15 juillet 1958.

Thèse N° 533.

LE DOYEN :
Jean GRAVEN

Au législateur irakien qui pourra introduire, dans la constitution républicaine l'interdiction du chômage, ou adopter un fonds de crise en faveur des travailleurs créateurs du capital, afin de protéger leurs intérêts légitimes.

ABRÉVIATIONS

A.C.F.	Arrêté du Conseil fédéral
A.C.O.	Ancien code des obligations du 30 mars 1911
A.G.	Aktiengesellschaft
A.T.F.	Arrêt du Tribunal fédéral
C.O.	Code fédéral des obligations
F.J.S.	Fiches juridiques suisses
F.O.S.C.	Feuille officielle suisse du commerce
J.T.	Journal des Tribunaux
N.C.O.	Nouveaux code des obligations de 1937
O.R.	Obligationenrecht
O.R.C.	Ordonnance sur le registre du commerce
R.C.	Registre du commerce
S.A.	Société anonyme
S.à.r.l.	Société à responsabilité limitée
S.A.S.	La société anonyme suisse
Sum. Jud.	La semaine judiciaire
S.J.Z.	Schweizerische Juristenzeitung
T.F.	Tribunal fédéral
Z.B.G.R.	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs und Grundbuchrecht
Z.B.J.V.	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Z.G.H.K.R.	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
Z.S.R.	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

INTRODUCTION

La société anonyme, qui joue aujourd'hui un rôle très important dans la vie économique en Suisse et dans toute l'Europe, ne fut pas encore créée — dans la forme moderne que nous connaissons actuellement — au XVII^e siècle¹, où les compagnies commerciales ne connaissaient aucun capital, ni fixe, ni variable. Les compagnies ne cherchaient qu'à réunir les fonds nécessaires à leurs entreprises dont la durée était limitée. Lors de la liquidation de ces compagnies, les apports étaient remboursés et les bénéfices répartis. Même après que la notion d'un fonds durable eut pris naissance, il fallut plus de deux siècles pour que ce fonds devînt nécessaire et fixe².

Avant l'année 1800 il n'existait pratiquement pas de société anonyme en Allemagne³. En Suisse aussi, on ne les vit guère naître et se développer qu'après la création des chemins de fer. « Les forts besoins d'argent de ces entreprises nécessitèrent des appels au public, ce qui rendit indispensable une réglementation de la structure juridique de ces sociétés. C'est en 1850 qu'il fut, pour la première fois, question

¹ Les sociétés anonymes constituées en Europe au début du XVII^e siècle, à l'occasion des premières tentatives coloniales, sont destinées soit au grand commerce maritime, soit à l'exploitation ; elles sont inspirées de certaines sociétés de banque italiennes fondées au début du XV^e siècle ou des entreprises coloniales hollandaises et anglaises.

Pour avoir plus de détails sur l'origine des sociétés anonymes, voir : Hamel et Lagarde « *Traité de droit commercial* », tome premier, N° 516 et ss. et Gierke « *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht* », 7^e ed., p. 247 et ss.

Mais il faut bien savoir que les compagnies commerciales du XVII^e siècle ne connaissaient pas la notion de capital fixe et « il a fallu du temps jusqu'à ce que, en relation avec la nécessité de tracer une délimitation entre le bénéfice distribuable et le bénéfice non distribuable, le « fonds perpétuel » devienne l'un des éléments essentiels de la société anonyme ». Voir von Steiger, « *Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach schweizerischer Doktrin und Praxis* », Z.G.H.K.R., 1955, tome 118, fascicule 4, p. 163. Voir également Fischer, dans « *Ehrenbergs Handbuch* », p. 19.

² Voir von Steiger, Z.G.H.K.R. 1955, tome 118, fascicule 4, p. 163. Voir également Rauch, « *Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln* », 3^e éd., vol. I, p. 2, note N° 5.

³ « Le capital social fixe a acquis droit de cité sur le continent européen depuis la promulgation du code de commerce français ». Voir von Steiger, op. cit., p. 162 ; voir également Gierke, p. 249.

des sociétés anonymes au sein de l'assemblée fédérale⁴ ; il s'agissait alors de savoir si les chemins de fer seraient privés ou publics. Alors que la majorité de l'assemblée considérait la société anonyme avec méfiance, voyant en elle le danger de l'avènement d'une aristocratie nouvelle susceptible d'être plus envahissante encore que l'ancienne et de s'arroger la puissance de l'Etat, le rapporteur de la minorité déclarait en substance : « Ne peut-on pas mettre en regard de la fureur de l'agiotage l'avidité insatiable du fisc et son penchant inné à l'exagération de ses droits ? Le fait est que si l'insatiabilité des spéculateurs est passée en proverbe, la rapacité de la bureaucratie partage cet honneur avec elle. »

A partir du moment où la fixité du capital social devint l'un des caractères fondamentaux de la société anonyme, il fut nécessaire de veiller à sa conservation. Ce but fut atteint au moyen de dispositions ne permettant un remboursement ou une réduction du capital que moyennant l'observation des prescriptions relatives à la liquidation⁵ de la société et assimilant l'augmentation du capital à une fondation nouvelle partielle. A cette époque, l'accent était encore mis sur le caractère contractuel de la société anonyme et ce fut l'une des raisons, ainsi que Bachmann⁶ le relève, pour lesquelles la jurisprudence eut peine à admettre qu'une augmentation de capital puisse découler d'un vote majoritaire⁷. Et cependant il paraît évidemment qu'une telle opération étend la garantie des créanciers en augmentant le fonds qui leur est réservé et en retardant la possibilité de distribuer des dividendes, et que, de plus, elle ne saurait d'aucune façon amoindrir cette garantie, ni lorsque, comme c'est généralement le cas, une augmentation de capital entraîne un accroissement de la fortune sociale, ni même lorsque le capital nouveau est libéré au moyen de fonds de réserve représentant des bénéfices accumulés. La doctrine⁸, cependant, se fit fréquemment l'interprète d'une opinion selon laquelle, à défaut d'une disposition statutaire contraire, l'actionnaire devait être en droit de s'opposer à l'augmentation du capital pour la raison que ses droits étaient lésés par la création de droits d'actionnaires nouveaux et qu'en ce qui le concernait il ne pouvait être tenu à des prestations supplémentaires envers la société. C'est ainsi, par exemple, qu'à l'article 271,

⁴ Pierre von May : Die Gründung der Aktiengesellschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung in der Schweiz, p. 40.

⁵ Voir art. 670 A.C.O.

⁶ Commentaire note 2 ad. art. 626 A.C.O.

⁷ Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, X, p. 103 ss. A.T.F. 26 II 432, considération N° 3.

⁸ Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaft, Leipzig, 1863, p. 684.

alinéa 1, du projet du Code de commerce pour le Royaume de Wurtemberg (Stuttgart, 1839-40), il était dit en substance : « Une augmentation de la fortune sociale par l'augmentation du montant des actions ou par l'émission d'action nouvelles ne peut, si elle n'est pas prévue dans les statuts, être décidée si des actionnaires s'y opposent »⁹.

L'époque est bien, et depuis longtemps, révolue où l'augmentation du capital par l'émission d'actions nouvelles exigeait l'accord de tous les actionnaires. A l'heure actuelle, une décision de l'assemblée générale prise à la majorité absolue des voix représentées suffit, sauf disposition contraire des statuts (art. 703 C.O.). Cette réglementation avait déjà été adoptée dans l'ancien Code des obligations et un arrêt du Tribunal fédéral du 20 juin 1900 rendu dans la cause des consorts Grenier contre la Société des Mines et Salines de Bex¹⁰ la sanctionna expressément en ces termes :

« Or il est tout d'abord certain que le Code des obligations ne reconnaît pas aux actionnaires un droit acquis au maintien du capital social dans les limites primitivement fixées par les statuts, de telle sorte qu'il ne pourrait jamais être augmenté sans le consentement unanime des actionnaires. L'article 626 C.O. attribue au contraire expressément à l'assemblée des actionnaires le droit de modifier les statuts dans le sens de l'augmentation du capital et détermine les formes dans lesquelles cette décision doit être prise. »

Le Tribunal fédéral admit néanmoins que les statuts peuvent stipuler que les actionnaires ont un droit acquis au maintien du capital primitif et prévoir par conséquent qu'une augmentation du capital nécessite l'assentiment de tous les actionnaires. Cette formule n'aura certainement pas été adoptée fréquemment dans la pratique »¹¹.

Actuellement la société anonyme est considérée comme la forme — par excellence — des entreprises en Suisse. Et bien que le nombre des S.A. se soit accru ces dernières années, il augmente jour après jour¹².

Tandis qu'en 1885, le nombre des S.A. a atteint 1135, avec un capital total de 974 millions de francs¹³, en 1955 et après l'enregistrement de 1327 nouvelles sociétés, le nombre des S.A. en Suisse atteint 25 580 sociétés anonymes avec un capital total de 10 193 milliards

⁹ Renaud, op. cit., p. 685.

¹⁰ A.T.F., 26 II 418 et ss, particulièrement p. 432.

¹¹ Voir von Steiger, Z.G.H.K.R., tome 118, fascicule 4, p. 163 et suivante. Voir également l'adaptation française de cette étude de von Steiger par Charles F. Gonseth, parue à Lausanne, p. 9.

¹² Le nombre des S.A. en Suisse est monté de 2056 en 1901 à 26 792 en 1956 voir J. Neuhaus, S.A.S. 1958, p. 153 (Aktiengesellschaft und Statistik).

¹³ Voir J. Neuhaus, op. cit., p. 150.

de francs. Mais il y a 238 sociétés parmi ces S.A. qui entament la moitié du capital total, donc 5,1 milliards, puisque chacune de ces sociétés a un capital de plus de 5 millions de francs.

Dans la même année 1955, l'augmentation du capital a joué un rôle très important dans la vie commerciale, le nombre des augmentations de capitaux s'est augmenté de 536 (en 1954) à 619, de même l'accroissement de capitaux a passé de 197 millions de francs (en 1954) à 415 millions de francs en 1955. Ce chiffre d'augmentation de capital n'a jamais été atteint depuis 1929.

Tandis que les opérations de réduction de capital ne touchent que 22,9 millions de francs en 1955, un chiffre minime pareil n'a jamais été atteint depuis 1919. En 1953, ce chiffre de réduction de capital a été de 43,6 millions de francs et en 1954 il a été de 26,6 millions de francs ¹⁴.

En 1956, le nombre des S.A. en Suisse a atteint un chiffre de 26 792 avec un capital total de 11,03 milliards de francs, 13 410 S.A. avec un capital de 50 000 francs chacune. Les S.A. qui entament presque 7,5 milliards de francs du capital total sont avec un capital de plus d'un million de francs chacune, tandis que leur nombre ne dépasse pas 4 % du nombre total des S.A. Plus de la moitié des nouvelles fondations pendant cette année 1956 ont été enregistrées dans les cantons de Genève, Zurich et Vaud. 11 649 des S.A. sont enregistrées dans les cantons susmentionnés ¹⁵.

L'augmentation du capital dans toutes ses modalités joue un rôle considérable dans la vie des S.A., puisque la question de l'augmentation du capital social se pose tôt ou tard dans beaucoup de sociétés ¹⁶. La statistique en Suisse nous montre l'accroissement du nombre des augmentations du capital dans les S.A., par exemple :

en 1933	272 augmentations de capital
en 1947	3092 augmentations de capital ¹⁷ .

Ce qui nous intéresse dans notre thèse, c'est l'augmentation du capital par les propres moyens de l'entreprise et spécialement par ses réserves. Ce procédé moderne dans la technique du financement des sociétés, qui ne s'est pratiqué dans le continent européen que sous l'influence des deux dernières guerres mondiales, n'était pas complètement ignoré auparavant, et bien des actions de compagnies d'assurances ont été

¹⁴ Voir S.A.S. 29, p. 163, Die Aktiengesellschaften im Jahre 1955.

¹⁵ Voir S.A.S. 29, p. 193, Die Aktiengesellschaften im Jahre 1956.

¹⁶ Voir S.A.S. 28, p. 202.

¹⁷ Voir S.A.S. 28, p. 205, note N° 6.

successivement libérées de cette façon ¹⁸. De même cette méthode a été employée depuis longtemps aux USA sous la forme de la distribution des actions gratuites et elle a notamment été utilisée par les entreprises de transport (common carriers) qui, vu leur obligation d'avoir des tarifs raisonnables, sont soumises à un contrôle de la part de l'« Interstate Commerce Commission » et des « Public Service Commissions » des divers Etats ¹⁹.

L'incorporation des réserves ou bénéfices au capital est une simple opération interne, un simple virement de compte où le solde du compte « capital » est augmenté d'une certaine somme dont le solde du compte « réserves » est diminué ²⁰. Les buts qui poussent la société à procéder à une telle opération sont, entre autres (voir p. 46), la diminution du dividende et la division de la valeur des actions.

Les réserves constituées par les bénéfices accumulés des années prospères n'ont pas seulement pour but la protection du capital, mais un autre rôle leur échoit, presque aussi important que le premier, celui de l'autofinancement de l'entreprise ²¹, c'est-à-dire un financement interne par le montant des ressources que la société a tirées de sa propre activité ²², tandis que la protection du capital exige la continuité des réserves pour faire face aux fluctuations économiques ou aux pertes éventuelles,

L'actif net de l'entreprise — c'est-à-dire la différence entre le total des moyens dont dispose l'entreprise (actif) et le montant de ses dettes — représente le montant de l'ensemble des fonds propres de l'entreprise. Le plus souvent, le montant de ces fonds — qui traduisent le financement propre total — excède le montant des apports des sociétaires (financement propre externe). Cet excédent traduit l'autofinancement dont nous parlons ²³.

¹⁸ Voir von Steiger, Z.G.H.K.R., tome 118, fascicule 4, p. 166. Voir également l'adaptation française de cette étude, p. 11.

¹⁹ Voir von Steiger, même étude, p. 166. Voir également Schmey (Aktionär und Aktionär im Recht der USA), Marburg 1930, p. 429.

²⁰ Henri Viaux, p. 16. Voir également E. Thaller (Annales de droit commercial, Bd. 21, 1907, p. 178).

²¹ Voir de Senarclens, p. 19.

²² Voir Malissen M. (contribution à l'étude de l'autofinancement des sociétés en France et aux Etats-Unis). Thèse, Grenoble 1953, p. 12.

²³ Malissen, *ibidem*.

Le tableau transmis ci-après ²⁴ résume cette analyse :

<i>Actif</i>		<i>Passif</i>	
capitaux fixes/Immobilisations		capital social primes d'émission	} financement propre externe
capitaux circulants	} stocks créances encaisse	réserves bénéfices de l'exercice	} financement propre interne (autofinancement)
		Dettes à long terme Dettes à court terme	} financement externe (étranger)

Si l'incorporation des réserves au capital n'a pas de conséquences sur le marché des capitaux, il n'en est pas de même en ce qui concerne la société, puisque les réserves ne doivent pas en principe ²⁵ être investies dans l'entreprise d'une manière telle qu'elles ne puissent être dégagées ²⁶, et elles peuvent être distribuées aux actionnaires en vertu d'une décision majoritaire de l'assemblée générale. Une fois les réserves transformées en capital, la partie de l'actif qui les représente peut être affectée plus directement à la réalisation du but social, et elle s'incorpore plus complètement dans l'activité de l'entreprise. Donc, pour la société, il s'agit de nouvelles ressources dont elle acquiert la disposition ²⁷.

Nous avons signalé que cette méthode de procurer les capitaux est utilisée d'une manière assez large en Europe sous l'influence des deux dernières guerres mondiales, par suite des dévaluations monétaires et

²⁴ Voir Malissen, p. 13. Voir également Hegner Franz. (Die Selbstfinanzierung der Unternehmung als theoretisches Problem der Betriebswirtschaftslehre und der Volkswirtschaftslehre.) Thèse, Berne 1946, p. 31.

²⁵ Nous avons dit : en principe, parce que les réserves peuvent être investies à long terme et que certaines entreprises, en particulier dans la branche des transports, financent une partie de leurs immobilisations par des crédits à longs termes.

²⁶ Voir Henri Viaux, p. 17.

²⁷ Voir Henri Viaux, p. 17.

aussi d'interventions publiques, dont un exemple typique — comme le signale von Steiger²⁸ — nous est fourni par la Dividendenabgabordnung allemande du 12 juin 1941. « Cette loi avait pour objectif de réévaluer le capital social par une assimilation du bilan commercial au bilan fiscal, de permettre de calculer le résultat économique de l'exploitation et de rapprocher l'un de l'autre le capital inscrit au bilan et celui qui travaille effectivement dans l'entreprise. On voulait supprimer la disproportion existant entre le capital et les réserves apparentes et latentes. »²⁹

L'augmentation du capital par incorporation des réserves a joué un grand rôle en Suisse lors de l'adaptation des sociétés anonymes suisses aux dispositions du N.C.O. de 1937 qui ont obligé de nombreuses sociétés d'augmenter leurs capitaux. « Des réserves apparentes furent aussi fréquemment converties en capital afin d'unifier le capital comme, par exemple, dans les cas bien connus de la société anonyme de participation Appareillage Gardy à Neuchâtel et de Chocolat Tobler à Berne, où des catégories spéciales d'actions issues d'assainissements antérieurs furent en partie réévaluées. »³⁰

Le sujet le plus complexe dans cette opération en Suisse est celui de la taxation du contribuable qui reçoit des actions à titre gratuit. Cette question soulève — comme le dit Folliet³¹ — de nombreux problèmes sur la solution desquels les auteurs sont loin d'être d'accord et comme le rappelle le rapport annuel de la chambre de commerce zurichoise³². « L'histoire de l'imposition des actions dites gratuites ressemble à un chemin de croix. Il a été énormément écrit sur ce sujet, sans effet tangible en ce qui concerne l'imposition relevant du fisc fédéral. »

La Cour de justice de Genève a rendu le 19 avril 1955 un arrêt³³ très important sur cette question. Il s'agit d'actions gratuites distribuées par la Standard Oil Company of New Jersey à ses actionnaires. L'Etat de Genève entendait imposer ces actions sur la base de l'article 16 de

²⁸ Von Steiger, Z.G.H.R. 1955, tome 118, fascicule 4, p. 166.

²⁹ Voir von Steiger, *Ibidem*, p. 167. Voir également l'adaptation française de cette étude par Gonzeth, p. 12.

Von Steiger cite à titre d'exemple : L'entreprise Siemens & Halske A.G., qui « disposait, avant l'adaptation, d'un capital social de 159,09 millions de R.M. Les réserves apparentes étaient inscrites au bilan (en y englobant une réserve provenant de l'agio sur les émissions d'actions et d'obligations) pour 161,34 millions de RM, cependant que l'inventaire considérable des machines, outils, concessions, brevets, etc., figurait au bilan pour 1 RM. Les dividendes distribués l'étaient au taux de 10 %. L'entreprise réévalua de 186 % pour atteindre une valeur de 400 millions de RM et le dividende fut ramené à 3 1/2 % ».

³⁰ Voir von Steiger, *op. cit.*, p. 167 et l'adaptation française, p. 12.

³¹ Folliet. Les actions gratuites et le fisc, Z.S.R. 64, 1945, p. 227.

³² 1954, p. 39 et ss. Voir von Steiger. *Ibidem*, p. 184.

³³ Etat de Genève contre Dlle A. Voir *Sem. Jud.* 1956, p. 374.

la loi générale d'impôts. Mais il est intéressant de constater que la Cour déclare, d'une part, que les dispositions légales mentionnées « à cet article 16 de la loi générale d'impôts », tendent manifestement à imposer tous les éléments qui peuvent être considérés comme un revenu, mais qu'il précise, en outre, que ce qui ne présente pas les caractères d'un revenu ne saurait être imposé³⁴.

Nous nous bornerons dans cette introduction de notre étude théorique sur l'augmentation de capital par l'incorporation des réserves à reproduire un passage de cet arrêt de la Cour de justice de Genève du 19 avril 1955 que nous considérons comme le plus moderne et le plus développé de tous les arrêts sur la question fiscale des actions émises à titre gratuit :

« Il s'agit donc de savoir si la distribution d'actions gratuites, pour reprendre l'expression utilisée par la doctrine et la jurisprudence, mais qui peut prêter à confusion, peut être considérée comme un revenu au sens où l'usage courant et la jurisprudence cantonale, dans une certaine mesure, ont caractérisé la notion de revenu. »

« C'est à bon droit que Dlle A. soutient que la distribution d'actions gratuites se fait en une seule opération par incorporation des réserves au capital ; l'on ne saurait prétendre qu'il y a libération de l'augmentation de capital avec compensation de créance. Les actionnaires n'ont en effet aucun droit de créance sur les réserves. »

« La Cour ne peut que faire sienne l'opinion de Siegwart, Code des obligations, ad. art. 620 C.O., N^{os} 19 et 20 et ad. art. 622, N^o 14. »

« L'action ne représente pas un droit de créance, mais un droit de participation ; il ne s'agit que d'un droit proportionnel à la fortune totale en cas de liquidation et respectivement au bénéfice (Siegwart ad. art. 646 C.O., N^o 40). La valeur nominale de l'action est donc en principe sans importance pour sa valeur intrinsèque et le droit proportionnel de participation n'est pas augmenté par l'augmentation de la valeur nominale. »

« L'actionnaire ne reçoit pas un droit de créance nouveau et accessoire ni, par conséquent, un rendement de fortune. En définitive, sa part aux bénéfices, aussi bien que sa part au produit de liquidation, n'en est ni augmentée ni améliorée ; l'actionnaire peut seulement espérer toucher à l'avenir un dividende d'un montant plus élevé par suite de l'augmentation du capital, en escomptant un accroissement des affaires. »

³⁴ Von Steiger, op. cit., p. 193, adaptation française, p. 45.

« L'actionnaire n'a pas reçu non plus un actif nouveau : la société, par la distribution d'actions gratuites, ne transmet aucun droit de propriété de sa fortune à l'actionnaire, mais une nouvelle preuve de son droit de participation. Les réserves sont transformées en capital de base et de cette manière elles ne sont plus disponibles pour une distribution de dividende, mais suivent le sort de ce dernier. Il faudrait une réduction de capital ou la liquidation de la société pour que l'on pût en disposer (art. 732 et 736 *in fine* C.O.). » ³⁵

Les actions émises à titre gratuit n'étant pas assimilées à une distribution des dividendes, la société n'est pas obligée d'effectuer le prélèvement prévu à l'article 671 al. 2 ch. 3 C.O. en faveur de la réserve légale ³⁶. De même et vu cette non assimilation, les actions émises à titre gratuit échoient nécessairement au nu-propriétaire et non pas à l'usufruitier ³⁷. Ajoutons que, vu cette non-assimilation des actions émises à titre gratuit avec la distribution des dividendes, l'art. 128 C.O. concernant la prescription n'est pas applicable et que la société peut fixer un délai pour le retrait des titres par les actionnaires. Une fois ce délai expiré, les titres non retirés peuvent être prescrits au profit de la société.

Nous examinerons dans le premier chapitre de notre thèse la notion du capital social dans les S.A., ses caractéristiques essentielles et les mesures prises pour sa protection. Et nous discuterons dans les trois chapitres suivants le but de l'incorporation des réserves au capital, ses modes, ses effets, les réserves susceptibles de cette incorporation et les conditions de réalisation de cette opération.

³⁵ *Sem. jud.* 1956, p. 379, voir également : *Revue de droit administratif et de droit fiscal* 1956, p. 208.

³⁶ C'est l'avis également de Folliet, p. 177, et de Senarclens, p. 171, N° 153.

³⁷ A.T.F. 46 II, p. 473, J.T. 1921, p. 359.

Chapitre premier

NOTION DU CAPITAL DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

§ 1. Définition du capital social¹

Le capital social est le montant fixe et intangible qui assure un minimum de garantie aux créanciers, avec lequel la société commence son activité et sur lequel les actionnaires s'interdisent tout prélèvement.

Le capital social est divisé en actions d'une valeur nominale déterminée et intégralement souscrites par les actionnaires, soit lors de la fondation de la société, soit éventuellement lors d'une augmentation du capital social. Le degré de participation des actionnaires au capital détermine, en général, leur droit aux dividendes, leur droit de vote et leur part de liquidation.

Etant donné la structure économique de la société anonyme (société de capitaux) dont le capital est déterminé à l'avance, divisé en actions, et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social (art. 620 C.O.) et en raison de la nature juridique de la S.A. dans l'élimination de la responsabilité personnelle des actionnaires² en effet, ceux-ci ne sont

¹ Le texte allemand du C.O. a employé le terme « Das Grundkapital », de même la majorité des auteurs suisses et allemands, voir von Salis, *Das autorisierte Kapital* ; Werner Schmid, *Das feste Grundkapital des AG* ; Schucany, *Kommentar zum Aktienrecht*, ad art. 620, 621 ; Siegwart, *Kommentar, AG*, ad art. 620, Nos 4, 5, 6, 7, 10, 12, 13 ; F. Funk, *Kommentar des OR*, ad art. 620, 621 ; T. Guhl, *Das schweizerische OR*, p. 416 ; K. Wieland, *Handelsrecht*, vol. II, p. 17 ; R. Fischer, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, pp. 48 et s. ; F. V. Steiger, *Das Recht des AG*, p. 15 ; Karl Rauch, *Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln* ; H. Bächler, *Die Erhöhung des Grundkapitals mit Ausgabe von Gratisaktien* ; Baumbach-Hueck *Aktiengesetz*, 1956.

On a aussi employé fréquemment le terme Aktienkapital et, dans la langue des affaires, comme le rapporte Bachmann, celui de « Nominalkapital ». Voir Schneider et Fick, ad art. 612 A.C.O.

Le texte français du C.O. (art. 620, 621, 732) a utilisé le terme « capital social ».

Dans la bibliographie française on a utilisé également les termes « capital actions », ou bien « capital de fondation » ou encore « capital nominal ». Il n'y a aucune différence entre ces diverses dénominations.

² H. Bächler, *Die Erhöhung des Grundkapitals mit Ausgabe von Gratisaktien nach Sch. OR*, Dissertation, Berne 1926, p. 1.

tenus que par des prestations statutaires et ne répondent pas personnellement des dettes sociales (art. 620 al. 2 C.O.), nous avons basé notre définition du capital social sur ces deux caractéristiques essentielles de la société anonyme : capital social fixe fractionné en actions, et absence de responsabilité personnelle des actionnaires.

Le capital social déterminé à l'avance et divisé en actions n'est pas seulement le fondement économique, mais aussi la base juridique de la société anonyme. C'est par sa caractéristique de société à capital fixe que la société anonyme occupe une place à part dans le développement historique du droit et dans la législation ³.

Dans les sociétés anonymes, le capital social est le gage des créanciers sociaux, puisque les associés ne peuvent être poursuivis au-delà des prestations statutaires qu'ils se sont engagés à apporter. Mais la notion de capital change d'aspect dans les sociétés de personnes, où les associés sont responsables des dettes sociales sur l'ensemble de leurs biens et où les créanciers sociaux ont un droit de préférence sur les biens sociaux et viennent en concours avec les créanciers personnels sur les biens des associés ⁴.

Le capital social est un chiffre abstrait inscrit au passif du bilan pour immobiliser à l'actif une « contre-valeur » ⁵ correspondante; mais il est bien entendu que ce que l'on inscrit au passif, ce sont de simples chiffres. Il est bien évident que les valeurs que représentent ces comptes se trouvent à l'actif ⁶. C'est afin d'assurer ⁷ aux créanciers l'intégralité et l'intangibilité du capital social que le législateur a exigé de faire figurer au passif le capital et les divers fonds de la société (art. 668. al. 1 C.O.). Le montant du capital non versé figure séparément à l'actif (art. 668, al. 2 C.O.) et il constitue une créance de la société contre les actionnaires ⁸.

Selon W. Schmid ⁹, le capital social en tant que « Reinvermögensbestandteil » constitue un « Bilanzpassivum », mais au point de vue économique, c'est un « Bilanzaktivum » ¹⁰.

³ Bachmann, Remarques préliminaires, commentaire, Schneider et Fick, vol. II, titre vingt-sixième, de la société anonyme ou société par actions, ad. art. 612, A.C.O., p. 90.

⁴ H. Janton, *Etude financière et juridique sur l'augmentation du capital social dans les S.A.*, thèse, Paris, 1931. Voir également K. Rauch, *Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln*, p. 1.

⁵ E. Folliet, *Le bilan dans les S.A.*, 6^{me} éd., p. 141.

⁶ Voir Schucany, *Kommentar*, ad. art. 668, et Thaler, *Annales de droit commercial*, 1907, p. 193.

⁷ F. Funk, *Kommentar des OR*, ad. art. 668, N° 1.

⁸ W. Burgi, *Kommentar zum ZGB. ; die AG.* ad art. 668, N° 9.

⁹ W. Schmid, *Das feste Grundkapital der AG*, pp. 4 et 7.

¹⁰ Et selon K. Wieland : « Das Grundkapital ist Bilanzpassivum, das wirkliche Vermögen wahres Aktivum » (*Handelsrecht*), vol. II, p. 20.

Si, au début, le capital social est identique à l'actif originaire — sauf en cas d'émission au-dessus du pair lors de la fondation de la société, auquel cas l'actif social est dès l'origine supérieur au capital — il en va tout autrement par la suite ¹¹ et il convient de ne pas le confondre avec l'actif social ¹². Le capital subsiste sans changement comme un chiffre au passif du bilan de la société, mais la valeur réelle de l'actif social subit des variations ; elle est soumise à des fluctuations dues aux opérations sociales : aliénations, bénéfices, pertes, sinistres, et subit encore le contre-coup des crises économiques. Par contre, le capital reste inchangé tant que l'assemblée générale ne décide pas de l'augmenter ou de le réduire ¹³.

Il importe aussi de distinguer le capital social des apports. Le capital, en effet, n'est pas l'ensemble des sommes et des biens en nature apportés par les actionnaires ; cette définition inexacte a pourtant été donnée par la majorité des auteurs ¹⁴, mais elle a été vivement critiquée par L. Chalaron ¹⁵ et quelques autres auteurs ¹⁶.

Si le capital était l'ensemble des biens apportés par les associés, on pourrait affirmer que les associations en participation et les sociétés civiles, dont les membres sont tenus de faire un apport, ont aussi un capital social et, de même, comme le souligne Chalaron, « il faudrait dire que les sociétés du droit romain avait un capital social » ¹⁷. D'ailleurs, le capital divisé en actions ne correspond pas nécessairement à la somme des quantités investies dans l'affaire, qui peuvent, en raison des

¹¹ Von Steiger, Cosandey, *Le droit des S.A. en Suisse*, p. 14 et Z.G.H.K.R., p. 161. Voir également Pierre Joffroy, p. 92. (*Des réserves et de leur incorporation au capital social dans les S.A.*). Thèse, Toulouse 1944, et Hamel et Lagarde, p. 481, N° 398.

¹² Houpin et Bosvieux, p. 605. Et Thaler, annales de droit C. 1907, p. 184. Hamel et Lagarde, N° 398.

¹³ Bachmann, Schneider et Fick, ad. art. 612 ; André Moreau, p. 11 ; Houpin et Bosvieux, p. 605 ; H. Büchler, *Die Erhöhung des Grundkapitals*, thèse, Berne 1926, p. 2.

¹⁴ Voir F. Funk, *Kommentar des OR*, ad. art. 620 : « Das Grundkapital ist die Summe aller Teilbeträge (Aktien), welche die Aktionäre an die Gesellschaft, sei es als Bareinzahlung oder als Sacheinlage, zu leisten haben » ; voir également la définition d'André Moreau, *Traité des S.A.*, Paris 1953, p. 11, et la définition de A. Curti (*AG und Holdinggesellschaft in der Schweiz*, p. 44) : Das Grundkapital ist die Summe der Teilbeträge, welche die Aktionäre an die Gesellschaft zu leisten verpflichtet sind. Voir également von Steiger, *Le droit des S.A. en Suisse*, pp. 14 et 16.

¹⁵ L. Chalaron, *L'augmentation du capital social par incorporation des réserves dans les S.A.*, thèse, Lyon 1935, p. 44.

¹⁶ Selon Joffroy, p. 93, « c'est que le capital social en effet n'est pas assimilable aux apports, pas plus qu'il ne peut l'être à l'actif de la société. Il a évidemment pour support une valeur active, fraction connue, bien que matériellement indéterminée, du capital économique. On ne peut le nier, mais le capital est invariable, car il est une mesure. Il est une donnée stable de la société ». Voir également Hamel et Lagarde, N° 396.

¹⁷ Chalaron, op. cit., p. 44.

prestations en nature, être en réalité plus importantes que le capital de fondation ¹⁸.

D'autre part, en cas d'émission au-dessus du pair lors de la fondation de la société, si l'on appliquait la définition proposée par Funk et Curti, il y aurait deux capitaux sociaux, ce qui serait inadmissible tant au point de vue juridique qu'au point de vue de la comptabilité.

Si le capital se confondait avec les apports, il varierait selon l'accroissement ou la dépréciation de ces mêmes apports et suivrait les fluctuations qui affectent leur valeur. A ce sujet nous sommes d'accord avec Chalaron ¹⁹ pour affirmer que la notion qui nous intéresse a pour support une valeur active déterminée dans sa quantité, une valeur qui existe ou qui existera et qu'on peut évidemment, pour plus de commodité, qualifier de capital social.

Pour Chalaron, le capital est « cet organe régulateur qui assure aux créanciers un minimum de garantie et qui empêche les actionnaires de disposer de l'actif à leur détriment ». A notre avis, cette définition est encore incomplète, si l'on s'en tient à ce que le capital est une garantie minimum pour les créanciers ²⁰. En effet, ce n'est pas là sa seule fonction. Le capital social, dans les sociétés anonymes comme dans toutes les autres sociétés commerciales, sert à exercer l'activité commerciale, à réaliser le but social ; il a une fonction « als Grundvermögen der Gesellschaft » ²¹.

A l'égard des actionnaires, le capital (autrement dit l'ensemble des valeurs nominales de toutes les actions) est le maximum de la mise dont ils sont tenus (art. 620, al. 2 et art. 680, al. 1 C.O.), sauf le cas d'émission au-dessus du pair, où ils sont tenus de payer également l'agio. A l'égard des créanciers sociaux, il représente la garantie minimum. C'est pourquoi le législateur a adopté le principe de la fixité, de l'intégralité et de l'intangibilité du capital, notion dont nous parlerons plus loin, et n'a pas voulu que l'on puisse le modifier sans observer les formalités légales.

Aux termes de l'article 620 C.O., le capital social est divisé en actions (Teilsommen) et chaque action crée une « Mitgliedstelle » ²². C'est pour maintenir la totalité du capital social que les actions doivent être intégralement souscrites ; on a même défini le capital comme « die

¹⁸ Bachmann, ad. art. 612 A. C.O.

¹⁹ Chalaron, p. 45.

²⁰ Von Salis, *Das autorisierte Kapital*, p. 2. Das Grundkapital als Mindestgarantiefonds der Gesellschaftsgläubiger.

²¹ Von Salis, p. 1.

²² Voir Schmid, p. 17.

Summe der Nennwerte sämtlicher Mitgliedstellen, die im Gesellschaftsstatut vorgesehen sind » ²³.

La valeur nominale des actions n'est pas la valeur réelle, qui varie selon la prospérité de la société et si les actions sont cotées à la Bourse, mais bien au contraire, on peut dire qu'elle est « die Mindestleistung, die vom Mitglied zu verlangen ist » ²⁴. C'est la valeur nominale qui détermine en général — et sauf disposition contraire des statuts — les droits des actionnaires aux bénéfices sociaux.

Lors de la revision du C.O., le législateur suisse n'a pas voulu accepter le principe de l'action sans valeur nominale ou de l'action de quote-part (Quotenaktie) ²⁵, de même que l'« Arbeitsaktie » ²⁶, afin de sauvegarder la fixité du capital, principe fondamental dans le droit des sociétés anonymes. C'est aussi pour éviter dans une large mesure les tromperies et les abus, et pour éliminer l'élément de jeu qui augmente l'insécurité ²⁷, que les actions sans valeur nominale ont été écartées.

De même, le législateur suisse ne reconnaît pas le capital *autorisé* ²⁸ (art. 635 C.O.). Dans ce système, qui est appliqué dans les pays anglo-américains, on trouve le capital autorisé « authorised capital », qui représente le montant jusqu'à concurrence duquel le conseil d'administration a le droit d'émettre des actions, le capital émis « issued capital » qui doit être entièrement souscrit et le capital libéré qui ne peut pas être inférieur à 5 % du capital émis ²⁹.

Mais en Suisse on admet la décision préalable d'augmenter le capital social (voir p. 104). Cette décision est prise par l'assemblée générale pour charger l'administration de procéder à l'augmentation du capital. Cependant on n'inscrit au registre du commerce que la deuxième décision de constat prise par la deuxième assemblée générale qui constate la réalisation de l'augmentation du capital. Le cas de la décision préalable d'augmentation de capital est tout à fait différent du principe du capital autorisé admis dans les pays anglo-américains, car on n'inscrit au registre du commerce que le chiffre du capital augmenté après la deuxième assemblée générale de constat.

²³ K. Lehmann, *Lehrbuch des Handelsrechts*, pp. 75-76, cité par Schmid, p. 17.

²⁴ Siegwart, p. 161, ad. art. 622, N° 14.

²⁵ Von Salis, p. 10 ; Siegwart, p. 151, ad. art. 620, N° 19, Weiss, p. 38.

²⁶ E. Thalmann, *Sieben Vorträge über das Neue Obligationenrecht*, p. 42.

²⁷ P. Carry, *Semaine judiciaire* 1929, p. 177.

²⁸ Thalmann, *loc. cit.* Voir également Weiss, p. 38, Siegwart, ad. art. 620, N° 12. A. Wieland (Grundkapitalveränderungen). Z.S.R. 57, p. 3 ; voir également S.A.S. 15, p. 46 et Karl Rauch, p. 169.

²⁹ Folliet, *Le Bilan*, p. 145.

La loi allemande de 1937 sur les sociétés anonymes prévoit à l'article 169 que les statuts peuvent autoriser le « Vorstand » à augmenter le capital jusqu'à un montant nominal déterminé, qui ne doit pas dépasser la moitié du capital existant, par émission d'actions nouvelles en échange d'apports (capital autorisé), cela dans le délai maximum de cinq ans à dater de l'enregistrement de la société.

Il convient de signaler enfin que le législateur suisse n'a pas défini le terme de « capital »³⁰, suivant en cela la même ligne de conduite que les législateurs allemands³¹ et français³². Il a laissé à la doctrine le soin de préciser cette définition.

§ 2. *Fixité et intégralité du capital social :*

A. Fixité du capital :

Dans les S.A. le capital social en tant que « Sollbetrag des Reinvermögens der Gesellschaft »³³ doit être un chiffre fixé à l'avance et en monnaie nationale³⁴. Il est fixé même lorsqu'il a été intégralement souscrit au moyen d'apport en nature, et, contrairement aux sociétés de personnes, il ne se modifie pas selon le bilan annuel et les fluctuations économiques.

Le principe de la fixité du capital ne s'inspire pas seulement du désir de protéger les créanciers sociaux, mais aussi de la volonté de protéger les nouveaux apporteurs (futurs actionnaires) contre l'« Agiotagesucht »³⁵. C'est pourquoi le principe de la fixité s'oppose à toute modification du capital effectuée sans tenir compte des formalités légales³⁶.

Aux termes d'une décision du Département de Justice et Police, prise en date du 2 février 1921, les participations de capital (actions, parts, mise en commandite) ne peuvent être fixées et inscrites qu'en monnaie suisse, car autrement ces valeurs ne seraient pas déterminées une fois pour toutes. Seul le franc suisse représente une unité monétaire immuable dans le pays même³⁷.

³⁰ Folliet, *Le bilan*, p. 141 et art. 620 C.O.

³¹ § 6 de la loi allemande de 1937 sur les S.A.

³² Art. 34 du Code de commerce français.

³³ K. Wieland, p. 17, vol. II.

³⁴ Von Steiger/Cosandey, *Le droit des S.A. en Suisse*, p. 15.

³⁵ R. Fischer, Ehrenberg, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, vol. III, Abteilung I, p. 56.

³⁶ Janton, p. 14 ; K. Wieland, p. 21 : « Das Grundkapital ist der den Gläubigern garantierte Haftungsfonds ».

³⁷ W. Burckhardt, *Le droit fédéral suisse*, N° 1507.

Tous les auteurs sont d'avis que le capital doit être fixé en monnaie du pays ³⁸. Mais autrefois dans le cas de certaines sociétés qui dès leur fondation faisaient appel à des bailleurs de fonds étrangers, on faisait figurer sur les actions, en regard de la valeur en monnaie indigène, la valeur en monnaie étrangère, par exemple en dollars ou en livres sterling ³⁹. Pour notre part, nous affirmons avec von Steiger qu'à une époque où les cours du change sont de plus en plus variables, il s'avère inopportun d'indiquer, à côté de la valeur en francs suisses, une valeur en monnaie étrangère. Nous ajoutons même que cette indication est inutile puisqu'on devra se fonder sur la valeur nominale en francs suisses quand on voudra modifier les rapports existants entre les deux monnaies lors de la fondation de la société. D'autre part, il faut tenir compte des dispositions de l'article 960 C.O. sur la comptabilité commerciale. Signalons aussi que le capital social des sociétés anonymes étrangères qui ont des succursales en Suisse est indiqué dans la monnaie du pays où se trouve leur siège principal ⁴⁰.

Ce capital fixe doit être mentionné dans les statuts et fait l'objet d'une inscription au registre du commerce (art. 641 C.O.). Il reste immuable même si les statuts prévoient par avance l'augmentation du capital à un chiffre donné et autorisent le conseil d'administration à procéder ultérieurement à cette augmentation. Dans ce dernier cas il faut également obtenir le consentement de l'assemblée générale et modifier les statuts avant d'émettre les nouvelles actions, c'est alors le capital effectivement souscrit qui demeure déterminant ⁴¹. Comme le montant de l'augmentation à laquelle l'administration est autorisée à procéder n'est pas considéré comme le capital social fixe, la modification des statuts qui supprime cette augmentation ultérieure ne saurait constituer une réduction du capital social.

B. Intégralité du capital

Le capital fixe doit être intégralement souscrit, soit lors de la constitution de la société, soit plus tard lors de l'augmentation de son capital, ce qui veut dire que les actions qui le représentent doivent toutes avoir trouvé preneur ⁴², qu'il s'agisse soit de souscripteurs d'ac-

³⁸ Siegwart, ad. art. 620, N° 4 ; art. 622, N° 16 ; K. Wieland, II, p. 19 ; Funk, ad. art. 620 ; von Steiger/Cosandey, p. 15 ; E. Müller, *Deutsches Handelsrecht*, Tübingen 1928, 2. und 3. Auflage, p. 246.

³⁹ Von Steiger/Cosandey, loc. cit.

⁴⁰ Voir également von Steiger/Cosandey, loc. cit.

⁴¹ Von Steiger/Cosandey, p. 15.

⁴² Escarra et Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. II, p. 72.

tions de numéraire, soit de personnes qui effectuent un apport en nature en contrepartie d'un nombre d'actions correspondant à la valeur de leurs apports. Il faut distinguer la souscription de la libération des actions. La souscription est en effet l'acte par lequel l'actionnaire s'engage à libérer les actions⁴³. Dans toute société anonyme, le capital doit être intégralement souscrit dès la constitution de la société, mais il arrive très fréquemment que les actions correspondantes ne soient que partiellement libérées, mais il faut bien remarquer que l'art. 683 C.O. interdit la remise des actions non intégralement libérées⁴⁴. C'est dans l'intérêt des créanciers sociaux et des actionnaires⁴⁵, et pour faciliter la réalisation de l'objet social, que le capital doit être intégralement souscrit.

Aussi, sauf en cas d'émission d'actions nouvelles destinées à remplacer celles qui ont été annulées, les actions ne peuvent-elles être émises qu'au pair ou à un cours supérieur (art. 624, al. 1 C.O.). C'est pour maintenir l'intégralité du capital que le législateur a interdit l'émission au-dessous du pair lors de la fondation et même lors d'une augmentation du capital social⁴⁶. D'autre part, comme nous l'avons déjà signalé, le législateur suisse n'a pas admis les actions sans valeur nominale (Quotenaktien).

Il n'y a pas souscription intégrale du capital dans les cas d'émission au-dessous du pair⁴⁷, de souscription fictive conditionnelle⁴⁸ (conformément aux dispositions de l'article 632, al. 4 C.O.) ou de souscription signée sous l'emprise de la crainte fondée et non pas sous les autres vices de consentement comme l'erreur et le dol, comme l'a déclaré le Tribunal fédéral⁴⁹, pour maintenir le principe de l'intégralité du capital social

⁴³ K. Wieland : « Die Einlagepflicht, einmal durch Zeichnung begründet, muss von Gesetzes wegen und unabhängig vom Willen der Gesellschaft und deren Organe erfüllt werden », p. 23.

⁴⁴ Voir à ce sujet K. Wieland Z.S.R. 41.121 ; Schucany, ad. art. 683, No 1 ; Bürgi ad. art. 683, No 5 et ss. ; Wettstein (Die nicht voll einbezahlte Aktie) Diss. Zürich 1948, p. 17 ; Weiss, p. 34 ; Egger S.J.Z. 34, p. 8.

⁴⁵ Escarra et Rault déclarent : « Les souscripteurs d'actions, théoriquement du moins, n'ont donné leur adhésion au pacte social que sous la condition implicitement formulée que les fondateurs réussiront à réunir les fonds ou les biens jugés par eux à priori indispensables à la poursuite de l'objet social », op. cité, p. 73.

⁴⁶ Schucany, ad. art. 624 C.O.

⁴⁷ Voir W. Schmid, p. 46.

⁴⁸ André Moreau, p. 481.

⁴⁹ A.T.F. 51 II 177 = Semaine judiciaire de 1925, p. 273. Le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 2 mars 1925, précise que « le fait de souscrire au capital d'une société par actions comporte un engagement direct aussi bien envers les créanciers de la société qu'envers les autres actionnaires. Le souscripteur n'est donc pas recevable à opposer à la demande en paiement du montant de sa souscription une exception tirée de l'erreur ou du dol dont il aurait été victime lors de la souscription, à raison de faits imputables aux fondateurs ou aux organes de la société ». Par contre, la jurisprudence constante du Tribunal de l'empire allemand n'admet

et pour sauvegarder ainsi les intérêts des autres actionnaires et des créanciers dans le maintien du capital social. Mais cette décision du T.F. est contraire à l'attitude adoptée par la jurisprudence française qui donne une action en nullité au souscripteur victime de l'erreur, de la violence ou du dol ⁵⁰. Ajoutons aussi que selon les art. 23 à 31 C.O. le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de conclure, était dans une erreur essentielle, a été induite à contracter par le dol de l'autre ou a contracté sous l'empire d'une crainte fondée. Or la décision du T.F. est — dans certaines mesures — en contradiction avec ces articles du C.O.

A notre avis, il n'est pas nécessaire de savoir si les créances ont été couvertes ou non pour donner au souscripteur qui a signé en étant dans une erreur essentielle ou sous l'emprise du dol ou d'une crainte fondée, le droit d'attaquer la validité de sa souscription. S'il est vrai que les créanciers sociaux doivent être protégés, il est non moins vrai qu'il faut défendre également les souscripteurs de bonne foi qui n'auraient pas signé sans l'erreur, le dol ou la crainte dont ils ont été victimes ⁵¹.

Les clauses concernant les apports en nature, les reprises de biens et les avantages particuliers accordés aux fondateurs doivent figurer dans les statuts (art. 628 ⁵², 636, 633, 630, 631, 637). Le nouveau C.O. a voulu — et le Tribunal fédéral l'a bien expliqué (A.T.F. 59, II, 447 ; J.T. 1934. I. 72) — que toutes les affaires traitées avant la fondation soient, comme l'a dit von Steiger ⁵³, exposées au grand jour, car il se pourrait qu'elles diminuent l'importance du capital. La nouvelle réglementation a interdit la fondation subséquente (Nachgründung) et les fondateurs ne peuvent donc pas stipuler des reprises de biens immédiatement après l'inscription ⁵⁴.

Une fois la souscription ouverte, les fondateurs ne peuvent plus modifier le chiffre du capital mentionné dans le projet de statuts, s'ils estiment que le montant est insuffisant ou trop important et veulent le changer ⁵⁵. Lorsque, par exemple, le projet de statuts prévoit

pas une telle action en nullité, voir Reichsgericht in Zivilsachen, tome 118, p. 274 ; 123, p. 102.

⁵⁰ André Moreau, p. 484.

⁵¹ W. Schmid, p. 28-45, admet également la possibilité d'annuler la souscription signée sous l'emprise d'une erreur ou du dol, et il critique l'attitude du T.F. prise dans cette question.

⁵² Voir P. Balaster, *Die qualifizierte Kapitalerhöhung in der AG*, pp. 27, 35, 53.

⁵³ Von Steiger/Freymond, *Les inscriptions dans le R.C.*, p. 25.

⁵⁴ Il faut appliquer dans ce cas les dispositions de l'art. 81, al. 2 O.R.C. Voir à ce sujet von Steiger/Freymond, p. 25 et ss.

⁵⁵ André Moreau, p. 481.

un capital de 500 000 francs et que la souscription atteint seulement 350 000 franc, la réduction apportée à ce chiffre est-elle une modification essentielle (art. 635 C.O.) qui exige le consentement de tous les souscripteurs représentés ? Et si le montant souscrit atteint 450 000 francs, s'agit-il d'une modification non essentielle ?

Pour notre part ⁵⁶, nous pensons que c'est une nouvelle société qui se crée en cas de non-souscription totale du capital et les fondateurs sont obligés d'annuler les statuts et de remplir toutes les conditions requises par la loi pour la fondation d'une autre société anonyme. Et même nous affirmons avec Folliet ⁵⁷ qu'une modification du capital prévu, augmentation ou diminution, et quelle que soit son importance, ne devrait pas pouvoir être imposée à un souscripteur.

§ 3. *Minimum du capital social et du montant des actions*

Afin de protéger les créanciers et de justifier la confiance et le crédit du monde des affaires à l'égard de l'entreprise naissante, la nouvelle loi exige un capital minimum de ⁵⁸ 50 000 francs (art. 621 C.O.), s'écartant ainsi de l'ancienne réglementation qui permettait la création de sociétés en miniature ou naines, si l'on peut dire, avec un capital de quelques milliers ou même quelques centaines de francs ⁵⁹.

Cette disposition nouvelle a pour but de conserver aux sociétés anonymes le caractère de sociétés de capitaux. Comme on avait limité à 20 000 francs le minimum du capital de la société à responsabilité limitée, il a bien fallu limiter également le minimum de la société

⁵⁶ L'indication du montant du capital est une des clauses nécessaires des statuts (art. 626, ch. 3 C.O.) et lorsque les actions sont offertes en souscription publique, l'appel aux souscripteurs doit être fait par un prospectus signé de tous les fondateurs. Ce prospectus doit fournir des indications concernant les clauses statutaires requises par la loi et les dispositions dont la validité est subordonnée à une insertion dans les statuts (art. 631 C.O.). Comme la souscription est une déclaration écrite se référant au projet de statuts et, le cas échéant, au prospectus (art. 632 C.O.), elle est nulle lorsque le capital n'a pas été intégralement souscrit et il faut procéder à une nouvelle souscription. Cette règle doit également être appliquée lors de l'augmentation du capital et si le chiffre demandé n'est pas atteint, il faudra procéder à une nouvelle augmentation.

⁵⁷ Folliet, p. 148.

⁵⁸ La loi allemande de 1937 sur les sociétés anonymes prévoit à l'article 7 que « le montant nominal minimum du capital social est de 100.000 DM, mais le Ministre de la Justice du (Reich) peut, en accord avec le Ministre de l'Economie, autoriser des exceptions ». Pour le minimum du capital dans les autres pays, voir Folliet, p. 143.

⁵⁹ T. Guhl/Comment, *Le nouveau droit des sociétés anonymes et coopératives*, p. 9 ; voir également Siegwart, ad. art. 621. Et comme le dit V. Rossel, ad. art. 621 C.O. : « Pour ne pas empiéter sur le terrain propre des commerçants personnellement responsables, pour ne pas favoriser la constitution de petites sociétés anonymes en raison de préoccupations fiscales et auxquelles on a donné le nom de (Zwerggesellschaften). Voir également Weiss, N° 62, p. 34. Voir également Message du Conseil fédéral à l'assemblée fédérale du 21 février 1928.

anonyme, faute de quoi toutes les sociétés constituées avec de petits capitaux auraient eu la possibilité de se constituer sous la forme d'une S.A. ⁶⁰.

Lorsque les fondateurs ne parviennent pas à recueillir des souscriptions pour ce montant minimum, ils doivent renoncer à constituer une société anonyme et recourir à une autre forme d'association, par exemple de la S. à r. l. ⁶¹.

Aux termes de la nouvelle loi, la valeur nominale de l'action ne peut être inférieure à cent francs, sauf en cas d'assainissement de la société (art. 622, al. 4 C.O.).

En ce qui concerne la valeur nominale des actions émises avant l'entrée en vigueur du nouveau C.O., il faut appliquer l'article 10 des dispositions finales. Ces actions peuvent conserver une valeur nominale inférieure à cent francs. Deux exceptions doivent cependant être signalées relativement à la limitation du minimum de la valeur nominale de l'action ; l'une concernait les sociétés inscrites au registre du commerce avant l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, c'est-à-dire avant le 1^{er} juillet 1937, donc les actions émises avant l'entrée en vigueur de la présente loi peuvent conserver une valeur nominale inférieure à cent francs (art. 10 dispositions finales) ⁶², l'autre est prévue par l'article 622, al. 4 et concerne le cas d'assainissement de la société, en d'autres termes, la réduction du capital pour supprimer un excédent de passif constaté au bilan et résultant de pertes (art. 735 C.O.) ⁶³.

L'assainissement est « die Wiederherstellung der ökonomischen Leistungsfähigkeit eines in seinem Bestande bedrohten Unternehmens » ⁶⁴. Dans ce cas, il doit être effectué sans remboursement aux actionnaires ⁶⁵. En effet, en cas de remboursement, on ne peut pas réduire le montant de l'action au-dessous de cent francs ⁶⁶. Signalons aussi que même dans le cas de l'assainissement, il est obligatoire de maintenir le minimum du capital à 50 000 francs ⁶⁷. Après l'assainissement, ce

⁶⁰ W. Schmid, *Das feste Grundkapital der AG*, Aarau 1948, pp. 16-17.

⁶¹ Guhl, *Die Gründung einer AG nach dem revidierten OR*, S.A.S. 1937, p. 113 et également *Le droit fédéral des obligations*, p. 417.

⁶² Voir à ce sujet V. Rossel, note ad. art. 10, dispositions finales et note ad. art. 622, al. 4.

⁶³ Von Steiger, *Die Anpassung der Aktiengesellschaften an das neue Recht*, p. 44.

⁶⁴ Keel : *Juristische Terminologie nach schweizerischer Lehre und Praxis*, p. 202, cité par J. Gahler, S.A.S., XIV, p. 1 ; *Zur Frage, unter was für Voraussetzungen der Nennwert der Aktie unter hundert Franken herabgesetzt werden kann*.

⁶⁵ Siegwart, ad. art. 622, N° 21 ; Funk, ad. art. 622, N° 5.

⁶⁶ Siegwart, ad. art. 622, N° 20.

⁶⁷ E. Thalmann : « Dagegen muss auch bei einer Sanierung das Aktienkapital mindestens 50.000 fr. betragen » (art. 622, 732).

sont les prochains bénéfices faits par la société qui reconstitueront le capital social ⁶⁸.

Il n'est pas nécessaire que toutes les actions aient la même valeur nominale. Les actions nominatives ou au porteur peuvent exister les unes à côté des autres dans la proportion fixée par les statuts (art. 622, al. 1 et 2). Sous l'empire du nouveau C.O. — et contrairement à l'art. 1 de l'A.C.F. du 8 juillet 1919 qui interdisait l'émission d'actions au porteur lors de la fondation de sociétés dont le capital était inférieur à un demi-million de francs — les petites sociétés ont aussi la faculté d'émettre des actions au porteur ou nominatives, à leur gré ⁶⁹. Mais les actions au porteur ne peuvent être émises que si elles ont été libérées jusqu'à concurrence de leur valeur nominale (art. 683, al. 1 C.O.). En général, la forme préférée est celle de l'action au porteur, mais l'intérêt de la société exige quelquefois d'interdire la conversion des actions nominatives en actions au porteur afin que l'entreprise garde son caractère primitif ⁷⁰.

Les législations allemandes ⁷¹ et françaises ⁷² ont aussi prévu un minimum pour la valeur nominale des actions. Folliet ⁷³ croit que cette limitation peut avoir pour conséquence de favoriser les sociétés étrangères qui par leur loi nationale, sont autorisées à émettre des actions à valeur nominale réduite. Mais, à notre avis, comme la majorité des législations européennes ont prévu un minimum pour le montant des actions, le danger signalé par Folliet se trouve écarté. D'autre part, s'il n'existait pas de limite pour le minimum, il y aurait un grand nombre d'associés qui posséderaient trop peu d'actions ou qui posséderaient une seule action de valeur très basse, ce qui ne manquerait pas de nuire à la participation sérieuse et sincère dans les affaires commerciales. Enfin, cette limitation a pour but de réagir, comme l'a dit M. Folliet, contre la spéculation ⁷⁴.

Le capital social ne peut en aucun cas être réduit à une somme inférieure à cinquante mille francs (art. 732, al. 5 C.O.). Cette règle s'applique non seulement lors de la fondation de la société, mais encore

⁶⁸ W. Schmid, pp. 16-17.

⁶⁹ Von Steiger/Freymond, *Les inscriptions dans le R.C.*, p. 23.

⁷⁰ Von Steiger/Freymond, p. 24.

⁷¹ Le § 8 de la loi allemande de 1937 sur les S.A. prévoit que le « montant nominal minimum des actions est de 100 DM. Des montants nominaux plus élevés doivent être des multiples de 100 DM ».

⁷² Hamel et Lagade, *Traité de droit commercial*, pp. 659-660. Le minimum est de 10.000 francs pour les actions des sociétés constituées après le 31 août 1949, de 1000 francs pour celles de sociétés constituées antérieurement sous l'empire du décret du 30 octobre 1948.

⁷³ Folliet, p. 149-150.

⁷⁴ Folliet, p. 150.

au moment d'une réduction de capital ⁷⁵. De même, en cas d'assainissement, le capital social ne peut être porté à moins de cinquante mille francs, sauf si cette réduction est accompagnée d'une nouvelle émission d'actions ⁷⁶.

Les termes de l'article 732 al. 5 C.O. sont impératifs, tout comme ceux de l'article 621 C.O. Si cette disposition est violée lors de la fondation, le juge peut, à la requête d'un des créanciers ou des actionnaires, prononcer la dissolution de la société. Il peut également ordonner des mesures provisionnelles (art. 643, al. 3).

Cette règle absolue, unanimement approuvée par les auteurs, est apparue injustifiée selon F. von Steiger ⁷⁷, qui a admis une exception selon laquelle les sociétés anonymes en liquidation peuvent réduire leur capital à moins de 50 000 francs.

Il se basait sur le cas d'une société anonyme immobilière ⁷⁸ à Lausanne, inscrite au registre du commerce avant le 1^{er} juillet 1937, date de l'entrée en vigueur du nouveau C.O., qui avait décidé sa dissolution et était entrée en liquidation, puis avait réduit son capital social de 35 000 à 10 150 francs. Il s'agissait de savoir si on pouvait appliquer ou non l'art. 732, al. 5 C.O. Le préposé au registre du commerce et le Département de Justice et Police décidèrent d'un commun accord de ne pas appliquer l'article susmentionné et d'accepter l'inscription de la réduction du capital de cette société.

Mais nous estimons, contrairement à l'avis de von Steiger, que l'on ne peut jamais réduire le capital social au-dessous de 50 000 francs, même lorsqu'il s'agit d'une société anonyme en liquidation ; si dans le cas précédent, on avait accepté l'inscription de la réduction, c'était parce que l'on se trouvait encore dans la période transitoire où les sociétés pouvaient avoir un capital de quelques centaines de francs.

Quoi qu'il en soit, les créanciers n'ont rien à dire si leurs créances sont couvertes lors de la réduction du capital d'une société en liquidation au-dessous de 50 000 francs. Mais peut-on réduire le capital social au-dessous de ce minimum lorsque les créances se trouvent couvertes avant la liquidation ? Il est évident qu'il n'est pas possible de procéder à une telle réduction même si les créances sont couvertes. D'ailleurs, il est fréquent que les sociétés anonymes en liquidation décident une réduction de leurs capitaux pour éluder les prescriptions fiscales.

⁷⁵ Siegwart, ad. art. 621, N° 5.

⁷⁶ Thalmann, p. 43 ; Siegwart, ad. art. 621.

⁷⁷ Von Steiger, *Le droit des S.A. en Suisse*, éd. française, p. 304, 2^{me} éd. allemande, p. 312.

⁷⁸ Voir F. von Steiger S.A.S., XI, p. 164.

§ 4. *L'intangibilité du capital social. Les mesures prises pour sa protection*

Les intérêts des créanciers sociaux et la protection du crédit de la société exigent non seulement que le capital soit intangible lors de la fondation et de l'inscription au registre du commerce, mais aussi qu'il soit protégé et reste intangible pendant toute l'existence de la société⁷⁹, jusqu'au moment de la dissolution où la fortune sociale sert d'abord à désintéresser les créanciers et ensuite à distribuer les parts de liquidation aux actionnaires.

Comme les actionnaires ne peuvent être tenus de verser, même en vertu des statuts, des prestations excédant le montant fixé lors de l'émission pour l'acquisition de leurs titres (art. 680, al. 1 C.O.) et comme ils ne répondent pas personnellement des dettes sociales (art. 620, al. 2 C.O.), il est nécessaire de sauvegarder le fonds de garantie des créanciers sociaux pendant toute la vie de la société, de le maintenir inchangé dans l'intérêt des créanciers et d'observer les prescriptions légales si l'on veut le modifier.

Nous pouvons résumer les mesures prises pour la protection du capital comme suit :

1. Interdiction de restituer les versements faits par les actionnaires⁸⁰ (art. 680 C.O.), sauf les cas de réduction du capital (art. 732-735 C.O.) et de l'acquisition par la société de ses propres actions.
2. Distribution des dividendes seulement dans le cas de l'existence des bénéfices nets (art. 675 C.O.)⁸¹.
3. Réglementation des réserves dans le nouveau C.O. pour protéger le capital pendant la vie de la société⁸².

Le législateur suisse attache une grande importance à la conservation du capital social⁸³ d'où découle une des mesures les plus efficaces ; celle de la constitution des réserves pour le renforcement du capital et pour sa protection⁸⁴.

⁷⁹ W. Schmid, p. 67.

⁸⁰ Voir à ce sujet Bürgi, ad. art. 680, Nos 30 et 35 ; W. Schmid, p. 86 ; Siegwart, ad. art. 620, No 7 ; K. Wieland, II, p. 24. A.T.F. 65 I, p. 148, A.T.F. 14, 282 ; Weiss, pp. 42 et 43 ; A. Wieland, S.J.Z. 14, p. 282 et Z.S.R. 56, p. 202.

⁸¹ Voir von Salis, p. 15 ; Bürgi, ad. art. 662/663, No 9. Weiss, p. 41, A.T.F. 12, p. 364, 51 II, p. 435.

⁸² Voir Weiss, p. 43. Egger S.J.Z. 21, p. 351, Egger S.J.Z. 34, p. 10 (*Die Aktiengesellschaft nach dem Rev. S. OR, vom 18. Dezember 1936.*)

⁸³ Les art. 621, 628, 630, 636, 626 ch. 3, 627 ch. 5, 7, 8, 9, 631 ch. 1 et 7, 632 al. 1, 633, 635, 638, 640, 641 ch. 4, 5, 6, 644, 650, 51, 652, 653, 662, 660, 661, 680, 725, 727, 752, 732, 659 C.O.

⁸⁴ Voir de Senarclens, p. 46.

4. Mesures de publicité et de contrôle imposées par le C.O. pour la protection du capital ⁸⁵.
5. Non-surestimation des éléments actifs dans le bilan lors de l'établissement du compte de profit (art. 960, al. 2, 662-667 C.O.) de même que les éléments passifs ne doivent pas apparaître contrairement au principe de la vérité du bilan (art. 659, 669 et 670) ⁸⁶.
6. Autres mesures protectrices en cas de danger apporté au capital, comme dans le cas de l'art. 725 C.O. ⁸⁷.

Non seulement les actionnaires n'ont aucun droit à la restitution de leurs versements (art. 680, al. 2 C.O.), mais encore la société n'est pas autorisée à décider elle-même ce remboursement (A.T.F. 35, II, 308 ; 65.I.147) ⁸⁸. C'est donc dans le but de conserver le capital social que le législateur a restreint les droits des actionnaires sur les dividendes, sur les prélèvements effectués sur le bénéfice net et sur les réserves constituées à cet effet. Pour la même raison, il ne peut être payé d'intérêts sur le capital social (art. 675 C.O.), sauf les intérêts intercalaires (art. 676 C.O.). D'autre part, les tantièmes ne peuvent être attribués aux administrateurs que s'ils sont prélevés sur le bénéfice net (art. 677 C.O.). Le législateur a même exigé la restitution des dividendes et des intérêts intercalaires perçus indûment et de mauvaise foi par les actionnaires ; une règle identique s'applique aux parts de bénéfices des administrateurs (art. 678, al. 1 C.O.). En effet, si le bilan avait été présenté conformément aux règles imposées par la loi (art. 662, 670 C.O.) ⁸⁹, il n'aurait pas eu pour résultat de permettre cette distribution illégale de bénéfices qui affecte le capital social et fait baisser sa valeur réelle à l'actif ⁹⁰.

⁸⁵ Voir Siegwart (*Das Buchführungs- und Bilanzrecht im Entwurf zum Aktienrecht*) Z.S.R. 45 193 a; Zimmermann F. (*Bilanz und Revisionsproblem*) S.J.Z. 51, p. 117; Zimmermann H. (*Buchführung, Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, sowie Geschäftsbericht im revidierten Obligationenrecht*) Z.S.R. 45, p. 2 a; Weiss, p. 44 et suivantes.

⁸⁶ Voir Egger S.J.Z. 34, p. 9; Bürgi, ad. art. 662/663, N° 15; Weiss, p. 41 et p. 42; Schucany, ad. art. 662, N° 2.

⁸⁷ Voir à ce sujet Weiss, p. 49; Funk, ad. art. 725; Egger S.J.Z. 21, p. 352.

⁸⁸ Guhl, F.J.S., N° 390, p. 3, ch. 4; Funk, ad. art. 680, N° 2.

⁸⁹ Schucany, ad. art. 678 C.O.

⁹⁰ W. Schmid, p. 72 : « Alle am Unternehmen beteiligten und interessierten, sowie die Oeffentlichkeit schlechthin, sollen selbst die finanzielle Lage des Unternehmens durch Bilanzvergleichung, Bilanzanalyse und Bilanzkritik beurteilen und feststellen können, ob die der Gewinnberechnung zugrunde gelegten Bewertungen den gesetzlichen Vorschriften, sowie den kaufmännischen Grundsätzen entsprechen. Dem gleichen Zweck dient auch die Rechnungsprüfung (art. 723 C.O.). »

Il faut bien remarquer que si la fortune nette est inférieure au capital, la société ne peut pas distribuer de dividende et doit consacrer ses bénéfices à la reconstitution de cette fortune nette. Prenons par exemple le bilan suivant :

<i>Actif</i>		<i>Passif</i>	
actif	600 000	capital	500 000
pertes	100 000	passif	200 000
	700 000		700 000

Dans ce cas, l'actif est de 600 000 francs, le passif de 200 000 et la fortune nette de la société est de 400 000 francs, tandis que le capital s'élève à 500 000 francs. La société préférera sans doute maintenir le *statu quo* afin de reconstituer la fortune nette, mais les actionnaires préféreront la réduction du capital afin d'avoir des bénéfices l'année suivante ⁹¹.

Aussi bien, pour le cas où les affaires prendraient une tournure défavorable, le législateur a-t-il exigé que les sociétés anonymes constituent des réserves légales (art. 671 C.O.) destinées à couvrir les pertes éventuelles ou prendre des mesures permettant à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation déficitaire, d'éviter le chômage ou d'en atténuer les conséquences. De même, le législateur a interdit en général (sauf les exceptions prévues par l'art. 659 C.O.) à la société de racheter ses propres actions et de les recevoir en nantissement. Ces mesures ont été dictées afin de protéger les intérêts des créanciers, des actionnaires et de la société elle-même contre le danger que comportent de telles opérations ⁹². Les autres législations européennes contiennent les mêmes restrictions ⁹³.

Nous constatons donc que c'est pour assurer la réalisation du but social, d'une part, et pour protéger les créanciers, d'autre part, que le capital doit être intangible. Le montant du capital est intangible en ce sens que les actionnaires ne peuvent exiger la restitution de leurs mises et doivent en outre les reconstituer à l'aide des bénéfices ultérieurs quand elles ont été réduites par des pertes ⁹⁴.

Dans les sociétés anonymes dont le capital social est de cinq millions de francs ou plus, ou qui ont des obligations d'emprunt ou encore qui annoncent publiquement qu'elles acceptent de l'argent de tiers,

⁹¹ Folliet, p. 209.

⁹² Von Steiger/Cosandey, p. 158.

⁹³ Von Salis, p. 15.

⁹⁴ Voir Janton, p. 13.

l'administration est tenue de faire examiner le bilan par des experts comptables étrangers à la gestion de la société (art. 723, al. 1 C.O.). Cette vérification du bilan a pour objet d'assurer l'application exacte des dispositions légales relatives au bilan des sociétés anonymes⁹⁵.

La publicité du capital est une règle fondamentale du droit des sociétés anonymes. Au début de la vie de la société, le crédit de cette dernière se base entièrement sur le capital social. En effet, les personnes désireuses de souscrire des actions d'une société anonyme lors de sa fondation ou, éventuellement, lors d'une augmentation du capital par émission d'actions nouvelles, s'intéressent nécessairement au montant de ce capital qui doit être figuré dans les statuts, dont il constitue une clause essentielle (art. 620), ainsi que dans le prospectus lorsque les actions sont offertes en souscription publique (art. 631 C.O.). C'est ce montant⁹⁶ qui fera l'objet d'une inscription au registre du commerce (art. 641, ch. 4)⁹⁷. C'est le contraire de ce qui se passe dans les cas des sociétés de personnes pour lesquelles l'inscription au registre du commerce comprend : la raison sociale ; le nom, le domicile et la nationalité des associés ; le lieu où la société a son siège et la date prévue pour le commencement de la société. L'inscription du capital social au registre du commerce n'est pas prévue par la loi en ce qui concerne les sociétés de personnes, puisque le capital varie selon le résultat annuel de l'exploitation.

D'autre part, la publicité du bilan — en tant que complément de la publicité du capital⁹⁸ et garantie de l'exacte application des prescriptions légales⁹⁹ — a pour objet de faire connaître aux créanciers sociaux la situation financière de la société, l'état du capital social et des autres postes du bilan. C'est sur la base de cette connaissance que les créanciers se décident à fournir des crédits à la société. En ce qui concerne les sociétés anonymes qui ne publient pas leur bilan, il faut appliquer l'art. 704 C.O. et l'art. 85 O.R.C.¹⁰⁰.

Le bilan, le compte de profits et pertes, le rapport des contrôleurs, le rapport de gestion et les propositions concernant l'emploi des bénéfices nets doivent être mis à la disposition des actionnaires au siège de l'établissement principal et dans les succursales, au plus tard dix

⁹⁵ Funk, *Kommentar*, ad. art. 723, N° 4.

⁹⁶ Schmid, p. 11.

⁹⁷ En Suisse, toutes les inscriptions faites au registre du commerce concernant les sociétés doivent paraître dans la *Feuille Officielle suisse du commerce*. Voir Folliet, p. 610.

⁹⁸ Schmid, p. 12 ; Siegwart, ad. art. 620, N° 14.

⁹⁹ R. Fischer, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, vol. III, 1. Abteilung, p. 61. (Herausgegeben von V. Ehrenberg.)

¹⁰⁰ Folliet, p. 608.

jours avant l'assemblée générale ordinaire (art. 696, al. 1 C.O.). C'est un droit essentiel des actionnaires de se renseigner sur le bilan de la société et de prendre les mesures nécessaires pour le bien comprendre ¹⁰¹.

L'interdiction de restitution des versements ¹⁰² de l'art. 680, al. 2 C.O. forme la mesure fondamentale de l'intangibilité du capital social. Mais la restitution des versements effectués par les actionnaires peut être faite quand la société procède à la réduction de son capital en observant les conditions légales (art. 732-734) ¹⁰³.

Une fois que la souscription est faite, la société est inscrite au registre du commerce. Selon les règles juridiques le souscripteur n'a plus alors le droit de se retirer (*Austrittsrecht*) ¹⁰⁴ ; son engagement le lie tant envers la société qu'envers les créanciers sociaux et les autres actionnaires. Dans les anciennes sociétés par actions, on indiquait même dans les statuts que la faculté d'aliéner des actions (*Veräusserlichkeit*) était la compensation de la non-résiliation des versements opérés ¹⁰⁵.

Les actionnaires qui ne libèrent pas leurs actions en temps utile doivent des intérêts moratoires. L'administration peut aussi déclarer qu'ils sont déchus des droits résultant de leur souscription et que leurs versements sont acquis à la société (conformément aux dispositions de l'art. 682 sur la demeure) et émettre des actions nouvelles (art. 681 C.O.).

Sauf pour les montants couverts par les apports en nature, les souscripteurs doivent verser, au plus tard lors de l'assemblée constitutive, vingt pour cent au moins de la valeur nominale de chaque action (art. 633, al. 1 C.O.). Dans tous les cas, une somme de vingt mille francs au moins, à valoir sur le capital, doit être versée en argent ou couverte par des apports en nature (art. 633, al. 2 C.O.). Ces derniers ne valent comme couverture que si la société, dès son inscription au registre du commerce, peut en disposer directement comme propriétaire ou a le droit d'en requérir l'inscription sans condition sur le registre foncier (art. 644, al. 4 C.O.).

La question se pose de savoir si le minimum de libération des actions prescrit par l'art. 633 C.O. est également applicable lors de l'augmentation du capital social. Etant donné que la société peut aug-

¹⁰¹ Folliet, « Le bilan dans les S.A. », p. 566, a signalé l'insuffisance de l'art. 696 qui oblige les actionnaires désireux de se renseigner sur le bilan à se rendre au siège de la société.

¹⁰² Voir Schmid, p. 85.

¹⁰³ Schucany, ad. art. 680, N° 3.

¹⁰⁴ K. Wieland, *Handelsrecht*, vol. II, p. 23.

¹⁰⁵ R. Fischer, p. 56.

menter son capital en élevant la valeur nominale de ses actions, elle a la possibilité de procéder à cette augmentation sans exiger de nouveaux versements, à condition, toutefois, que le montant déjà versé ou couvert par des apports en nature soit d'au moins 20 000 francs et qu'il représente 20 pour cent au moins du montant nominal nouveau de chaque action. A ce sujet, nous nous rallions à l'avis du professeur P. Carry ¹⁰⁶ et affirmons que le but du législateur a été d'éviter une souscription sans prestation effective.

Lorsque le capital est constitué conformément aux conditions fixées par la loi et les statuts, il est intangible dans sa totalité pendant toute la vie de la société, ceci afin de protéger les créanciers et les actionnaires. C'est pourquoi le législateur suisse a prévu la modification des statuts lors de la modification du capital social, et une procédure très longue pour la réduction (art. 732-735) qui affecte directement les intérêts des créanciers. Malheureusement, le nouveau C.O. n'a pas réglementé de manière complète l'augmentation du capital ¹⁰⁷ dans les art. 650 à 652 C.O. qui n'envisagent pas toutes les modalités de l'opération ¹⁰⁸.

Le capital social ne représente pas la seule garantie des créanciers. Dans les sociétés anonymes, les dettes sont garanties par l'actif réel ¹⁰⁹. Mais s'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital social n'est plus couverte, l'administration doit convoquer immédiatement une assemblée générale et lui faire connaître la situation (art. 725, al. 1 C.O.). Cet alinéa signifie que si le compte de pertes apparu dans le dernier bilan annuel s'élève à la moitié du capital social ¹¹⁰, l'administration devra convoquer l'assemblée générale dans les conditions prévues par la loi (art. 700 C.O.). Enfin, dès que l'actif ne couvre plus les dettes, l'administration est tenue d'en informer le juge (art. 725, al. 2) qui peut déclarer la faillite ou prendre les mesures propres à la conservation de l'actif social (art. 725, al. 4 C.O.).

¹⁰⁶ P. Carry, « Augmentation du capital social d'une S.A. sans versement nouveau », *Journal de Genève*, 11 octobre 1941 : « Ce que le législateur a voulu en posant la règle de l'article 633, c'est d'empêcher qu'il y ait des actions qui ne soient pas libérées d'au moins 20 pour cent. Le but de cette règle lors de l'augmentation du capital d'une S.A., c'est d'éviter que les nouveaux souscripteurs ne s'obligent en faveur de la société sans une prestation effective. »

¹⁰⁷ Balaster, p. 13 ; Scherrer, p. 41.

¹⁰⁸ Par contre la loi allemande de 1937 règle le problème plus explicitement dans les paragraphes 149 à 173.

¹⁰⁹ Folliet, p. 142.

¹¹⁰ Schucany, *Kommentar*, ad. art. 725, N° 1.

Deuxième chapitre

L'INCORPORATION DES RÉSERVES AU CAPITAL SOCIAL BUT, MODES ET EFFETS DE CETTE INCORPORATION

Comme nous l'avons signalé au chapitre premier, le législateur suisse attache une grande importance à la conservation du capital social. Une des mesures les plus importantes pour la protection du capital est celle de la constitution des réserves (voir p. 34). Nous traitons dans ce chapitre et les chapitres suivants l'incorporation des réserves au capital comme une des différentes modalités d'augmentation de capital social, de même que les réserves susceptibles d'incorporation au capital et les conditions juridiques de réaliser cette opération. Dans ce chapitre, nous parlons du but, modes et effets de cette incorporation des réserves au capital.

L'augmentation de capital social par appel à de nouveaux apports de biens est souvent pratiquée par un grand nombre d'entreprises en diverses situations financières, tandis que l'incorporation des réserves au capital suppose l'existence de réserves importantes. Cette dernière hypothèse ne se réalise que dans les sociétés prospères qui pratiquent une politique d'épargne¹. Cette incorporation des réserves est considérée comme le type d'augmentation de capital par excellence².

Alors que l'augmentation de capital par souscription publique n'exige pas l'existence des réserves, l'incorporation des réserves, au contraire, exige cette condition. La première de ces deux opérations susmentionnées est faite si la société a besoin de fonds non pas d'une façon passagère mais d'une façon définitive³. La seconde opération a lieu lorsque la société est en pleine prospérité.

¹ Marcel Deslandes (les augmentations de capital dans les S.A. depuis 1914), thèse, Paris 1924, p. 227.

² Voir Pierre Joffroy, p. 95.

³ De Senarclens, p. 63, voir également Benoit-Chevalley et Moriggia (Technique comptable). Payot 1956, Lausanne, p. 180. Selon ces auteurs « si sa situation est très bonne, la société préférera, plutôt que d'augmenter ses fonds propres, recourir à un emprunt en émettant des obligations ».

Au point de vue financier, l'augmentation de capital par incorporation des réserves n'est qu'une opération de comptabilité, un simple virement du compte réserves au compte capital ⁴.

Au point de vue économique, l'incorporation des réserves au capital maintient l'intégrité des moyens de production et l'augmentation du capital se fait au moyen des ressources propres.

Au point de vue juridique, cette opération a pour effet de consolider l'actif que les actionnaires s'engagent « à ne pas reprendre avant la dissolution de la société, cette conversion profite aux tiers, car elle rend plus difficile la restitution du capital d'exploitation » ⁵.

L'incorporation des réserves au capital n'entraîne pas une augmentation de l'avoir total de la société, et elle ne fait entrer aucune ressource nouvelle dans le patrimoine social. On n'a fait appel à aucun apport de capitaux, preuve en est que la situation financière de l'entreprise est la même qu'avant la conversion ⁶.

« Les sociétés, en fait, se contentent de virer au compte capital le montant des sommes qu'elles entendent prélever sur les réserves. Et la forme ainsi donnée à l'opération permet d'en faire une analyse plus exacte. » ⁷

C'est un aménagement différent de l'actif net qui est égal à la somme (algébrique) du capital, des réserves au sens large et du compte résultat. Cette somme, comme le disent Hamel et Lagarde (N° 743), ne change pas si l'on augmente le compte capital du montant de la somme que l'on prélève au compte réserves. L'incorporation des réserves au capital a pour objet la régularisation de l'emploi des réserves affectées comme moyens de production afin de leur donner un aspect juridique conforme à leur utilisation en les élevant au rang de capital.

Cette opération est réalisée ou bien par l'augmentation de la valeur nominale des actions déjà existantes ou bien par l'émission des actions nouvelles remises aux actionnaires à titre gratuit.

⁴ Voir Urbain J. Vaes, p. 252 ; Deslandes, p. 227 ; de Senarclens, p. 63 ; H. Walakirch, S.J.Z. 44, p. 1 (Aktienkapital aus Reserven) ; Siegwart, ad. art. 650, N° 7. Voir également Hamel et Lagarde, N° 743 ; André Moreau, vol. I, p. 688.

⁵ Henri Janton (« Etude financière et juridique sur l'augmentation de capital dans les S.A. »). Thèse, Paris 1931, p. 106. Voir également contrat Dardenne (« Les augmentations de capital »). Thèse, Poitiers 1924, p. 538.

⁶ E. Thaller (Annales de droit commercial 1907, p. 177, Bd 21, de l'augmentation du capital par transformation en actions, soit du passif, soit des réserves de la société), voir également Kurt Kolb, p. 9.

⁷ Hamel et Lagarde, N° 743.

§ 1. *Sens de la capitalisation des réserves*

En période de prospérité plus ou moins prolongée, et en cas de réalisation de bénéfices considérables, une société constitue des réserves puissantes à côté de son capital en les puisant dans les ressources de l'exploitation.

Cette extension des réserves est une mesure de prudence commandée par les circonstances⁸ ; mais à un moment donné le maintien de ces réserves présente des inconvénients.

L'actif de la société s'est élevé sensiblement au-dessus du capital social à la suite du chiffre énorme que constitue le montant des réserves accumulées. Deslandes⁹ nous donne des exemples de sociétés où les réserves sont quinze fois supérieures au montant du capital nominal. Cela a pour effet de faire monter le cours du marché des actions. Et quelquefois il arrive que la plus-value des actions est telle qu'elles se vendent difficilement et comme le dit Thaller¹⁰ la raison en est simple : une action cotée 50 000 francs ne trouve plus qu'un nombre d'acheteurs limité ; cotée à 5000 francs, elle bénéficierait de demandes actives.

Pour mettre le capital en harmonie avec la valeur réelle des actions et pour rétablir l'équilibre¹¹, on procède à l'incorporation des réserves au capital. Cette opération permettra aussi de réduire les cours qui atteignent des niveaux excessifs « ce qui rendra plus normal le rapport des dividendes distribués au montant nominal des actions »¹². Elle permet aussi de faciliter l'introduction des titres en bourse lorsque leur nombre qui est en circulation est élevé¹³.

D'après une analyse primitive, cette opération se divise en deux phases : distribution des réserves entre les actionnaires, suivie d'une souscription nouvelle d'actions et libération par versement fictif des réserves distribuées ; mais comme le disent Hamel et Lagarde¹⁴, cette analyse est aujourd'hui abandonnée. Si l'opération était réellement dé-

⁸ Deslandes, p. 227 et selon lui : « Nul ne pouvait prévoir avec exactitude les conséquences économiques de la guerre, le bouleversement qu'elle entraînerait dans les conditions de la production, dans le prix d'achat des matières, dans le taux des salaires, dans le prix de vente, etc... Nul ne pouvait dire comment se ferait, au lendemain de la guerre, l'adaptation de la production à la consommation. La constitution de puissantes réserves avait pour but de parer à tout événement. »

⁹ Deslandes, p. 227, voir également Thaller, op. cit., p. 177 et suivante.

¹⁰ Thaller, p. 177 et ss.

¹¹ Escarra (manuel), N° 867.

¹² Amiaud, p. 394 (Traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les sociétés par actions), voir également Hans Büchler, p. 9, et Scherrer, p. 44 et suivante.

¹³ Escarra (manuel de droit commercial), N° 866.

¹⁴ Hamel et Lagarde, p. 872, N° 743.

composée en ces deux phases, les actionnaires bénéficiaires de la distribution ne pourraient pas, semble-t-il, être contraints à souscrire.

La doctrine moderne et la jurisprudence¹⁵ admettent que cette décomposition de l'opération est tout à fait artificielle. En prenant la décision de l'incorporation des réserves au capital social, les actionnaires renoncent à leur droit éventuel sur les réserves, ils n'ont pas un droit de créance contre la société, puisque les réserves ne sont pas la propriété des actionnaires et elles ne sont pas des fruits capitalisés sur lesquels les intéressés doivent exercer leur droit aux répartitions annuelles de bénéfices¹⁶. En compensation de leur renonciation à leur droit sur les réserves, ils auront la possibilité de vendre quelques-unes des nouvelles actions émises à titre gratuit et de les monnayer, alors qu'auparavant ils ne pouvaient pas recevoir des réserves anciennes¹⁷.

§ 2. Autofinancement¹⁸

L'incorporation des réserves au capital social n'est qu'une forme de l'autofinancement de l'entreprise¹⁹, un autofinancement visible. La signification exacte de cette détermination économique est donnée par le terme allemand : « Selbstfinanzierung ».

L'autofinancement est le financement de l'entreprise par ses propres

¹⁵ Dans un arrêt de la cour de Lyon du 5 février 1951 (Juris, classeur périodique 1952, 2, 6673) sur la transformation de réserves en actions. Cette opération « ne s'analyse pas en une répartition de ces réserves entre les actionnaires suivie immédiatement de la souscription par ceux-ci d'actions nouvelles, cette analyse qui repose sur une double fiction et méconnaît la réalité, dénature l'opération. Ainsi l'incorporation de réserves au capital ne consiste pas en deux opérations imaginaires, mais en une opération réelle unique : leur montant qui figurait au passif du bilan, y est demeuré avec une affectation nouvelle et n'est à aucun moment sorti du patrimoine de la société ». Voir André Moreau, p. 686, tome 1 ; Hamel et Lagarde, N° 743. Voir également Pierre Joffroy, p. 108.

¹⁶ Et selon Amiaud, p. 397, ces réserves « constituent une partie intégrante du patrimoine social, sur laquelle tous les ayants droit à une part de l'actif en liquidation ont des droits éventuels équivalents qu'ils sont appelés à exercer sur les sommes subsistant après reprise des apports lors d'une liquidation totale ou partielle de l'actif social ».

¹⁷ Voir Gerhard A. Bietenholz (Aktienkapital aus Reserven) S.J.Z. 44, p. 80.

¹⁸ Voir à ce sujet : Eugen Schmalenbach (Die Beteiligungs-Finanzierung), 8. Auflage, p. 10 et suivante. Vaes, p. 65 ; A. Wieland, S.J.Z. 49, p. 171. De Senarclens, p. 14, 18, 19, 48. Golay, p. 16, 47, 87. Gaston Perrin, p. 38 et suivante, Hamel et Lagarde, N°s 396 et 397. W. Stricker, p. 12 et 99. Guhl, 5^{me} édition allemande, p. 534. Bürgi (Kommentar) ad. art. 672 N° 9. Grange M., p. 31 et ss. Malissen, p. 13 et ss.

¹⁹ Nous avons discuté également la question de l'autofinancement dans l'introduction de notre thèse, vu l'importance de cette opération.

moyens monétaires, par ses réserves et ses bénéfices sans qu'elle s'adresse aux banques ou aux établissements de crédit ²⁰.

Les causes principales de l'autofinancement sont :

Le besoin de l'expansion.

Le souci de l'indépendance ²¹

et la réduction de frais généraux ²².

1. L'autofinancement est masqué, si l'administration emploie les ressources propres de la société, comme les réserves latentes, dans le développement nécessaire de l'actif net sans laisser supposer à la lecture du bilan une augmentation de l'actif réel. Dans ce cas — qui est normalement suivi par les sociétés qui ne veulent pas alerter le fisc et qui en même temps dissimulent leurs bénéfices par crainte de voir les actionnaires exiger des dividendes copieux ²³ — il est presque impossible de constater la mesure prise par l'administration en pratiquant l'autofinancement.

2. Un autre aspect de l'autofinancement est celui dont les détails apparaissent clairement dans le bilan.

Cette politique ouverte du financement est employée le plus souvent sous la forme de l'augmentation du capital social par l'incorporation des réserves ²⁴.

Donc, cette utilisation des réserves ²⁵ en période prospère, par sa conversion en capital, confère à la société — qui pratique cet aspect de l'autofinancement — une force interne considérable, et consolide l'indépendance de la société envers toute puissance extérieure ²⁶.

²⁰ Golay écrit à la page 47 très justement « il faut entendre par autofinancement une politique par laquelle l'entreprise tend de plus en plus à se libérer de tous ses créanciers actuels et futurs, à se substituer à eux en vue d'assurer sa complète indépendance financière. Cette politique consiste à ne pas distribuer tous les bénéfices réalisés, mais à les laisser à la disposition de l'entreprise, donc à transformer ces bénéfices en capitaux qui s'ajouteront à ceux qui sont déjà investis définitivement dans cette cellule économique ».

²¹ Selon Jean Golay, « quelques aspects du financement de l'industrie suisse de 1930 à 1939 », Lausanne 1941, p. 16. « L'autofinancement paraît être la voie la plus directe pour affranchir l'entreprise de toute puissance extérieure. »

²² Voir Gaston Perrin, « Les répercussions économiques de l'utilisation des réserves dans les S.A. ». Thèse, Lausanne 1946. Il dit à la page 40 : « en supprimant le service de ses intérêts débiteurs (il parle de la société), poste important de ses frais généraux, elle réalise une économie substantielle. Cette considération l'amènera à renoncer aux emprunts de tous genres, notamment aux emprunts par obligations ».

²³ Voir Perrin, p. 46.

²⁴ Voir Perrin, loc. cit.

²⁵ Le but principal des réserves est d'assurer la protection de capital, mais un autre rôle leur échoit, presque aussi important que le premier et proche parent de celui-ci, à savoir l'autofinancement de l'entreprise ; voir de Senarclens, p. 18.

²⁶ Selon de Senarclens, la politique d'autofinancement est donc profitable non seulement aux créanciers dont elle améliore la garantie, mais à l'entreprise dont elle accroît le rendement, l'indépendance et pourtant la sécurité, voir pp. 19 et 14,

§ 3. Les motifs de cette opération

Les buts et les préoccupations qui guident les sociétés anonymes à décider d'incorporer les réserves au capital social sont les suivantes :

1. Comme nous l'avons signalé, des sociétés prospères décident la capitalisation de leurs réserves pour éviter la grande disproportion existant entre le montant nominal des actions et leur valeur cotée en Bourse : « ces sociétés opèrent en d'autres termes la péréquation du chiffre de leur capital avec celui de leur avoir »²⁷. Cette opération fait apparaître d'une manière nette le montant du capital propre²⁸ et elle établit une harmonie plus naturelle entre l'actif net et le capital nominal²⁹. Si le procédé usuel de l'augmentation du capital est celui de l'émission des nouvelles actions, dans le cas de l'incorporation des réserves au capital, le patrimoine social est inchangé alors que le nombre des actions a augmenté. Le cours de l'action baisse, il se rapproche de la valeur nominale, tandis que le dividende réparti diminue : résultats appréciables du point de vue social. Le papier devenant alors moins « lourd », son marché s'élargit³⁰. Cette opération présente l'avantage pour les actionnaires que le marché des titres est élargi ; les titres deviennent plus facilement négociables³¹.

Prenons un exemple en Suisse :

La S. A. Sandoz, à Bâle, a décidé d'augmenter son capital social en 1947. Chaque action d'une valeur nominale de 500 francs était cotée à 8500 francs. Les actions nouvelles ont été émises au pair. Cette nouvelle émission a fait réduire le cours de l'action jusqu'à 4000 francs et plus tard jusqu'à 3000 francs, mais le cours de l'action a commencé à remonter depuis la fin de 1950³².

Mais il faut prendre en considération le fait que la distribution des actions gratuites n'aboutit pas toujours à une baisse du cours en bourse de ces titres et une diffusion sur une large échelle. Car on interprète à la bourse cette opération comme un indice d'« extrême prospérité ».

et il ajoute très justement à la page 48 : « une politique d'autofinancement présente encore l'avantage de permettre aux sociétés qui la suivent de se procurer des capitaux à bon marché. Alors que les actionnaires ont droit à des dividendes proportionnels à leurs mises et que les créanciers exigent le versement d'intérêts, les réserves n'entraînent pour l'entreprise aucune obligation financière ».

²⁷ Amiaud, p. 393. Voir également Werner Stricker, pp. 11 et 12.

²⁸ Vaes, p. 254, Batardon, p. 362, A. Wieland S.J.Z. 49, p. 169.

²⁹ Voir von Steiger Z.G.H.K.R. 1955, Band 118, Heft 4, p. 166.

³⁰ Paul Cordonnier, *journal des Soc.* 1943, p. 82.

³¹ Voir Batardon, p. 367 et de Senarclens, p. 65.

³² Voir W. Stricker (*Aktienkapitalerhöhungen und Bezugsrecht*). Diss. Zürich, page 13.

Comme le dit de Senarclens ³³, « cela provoque une vague d'optimisme et une hausse des titres : ceux-ci arrivent même parfois à dépasser le cours qu'ils avaient atteint avant l'augmentation ». De Senarclens donne l'exemple de la Société anonyme pour l'industrie de l'aluminium à Chippis. En 1940, les cours extrêmes de cette société étaient de 2050 francs à 2665 francs, depuis 1933 ils s'étaient maintenus entre 1400 francs et 2940 francs. La nouvelle de l'augmentation du capital de 60 à 75 millions, le 17 avril 1941, a provoqué une forte hausse des titres qui ont été cotés en 1941 jusqu'à 3500 francs, en se maintenant plusieurs mois au-dessus de 3000 francs.

2. D'autres sociétés prospères ont pu se développer dans de grandes proportions en accumulant leurs réserves année après année tout en distribuant des dividendes exagérés en comparaison de la valeur nominale du titre ou du capital, « cette comparaison pourrait encourager la concurrence ou alimenter les exigences du fisc, qui, dans certains pays, ne taxe que légèrement ou même ne taxe pas les bénéfices n'excédant pas un certain pourcentage du capital » ³⁴.

En incorporant les réserves au capital, la société aboutit à l'augmentation de la valeur nominale des actions ou du nombre des actions ³⁵ et puisque le bénéfice total reste en principe le même après l'incorporation des réserves, on obtient que le pourcentage de bénéfices de même que la plus-value des titres en bourse diminuent ³⁶. Donc on en arrive, en principe, à la diminution ³⁷ du chiffre du dividende réparti entre chaque action et à la stabilité dans la distribution des dividendes ³⁸.

La société évite ainsi le danger de la distribution des dividendes exagérés — à proportion de la valeur nominale des actions — souvent exigés par les actionnaires même au détriment de la politique d'expansion.

³³ P. 65.

³⁴ Vaes, p. 255, et il ajoute : « dans un certain pays le fisc a considéré comme bénéfice normal un revenu de 6 à 8 % des capitaux engagés, pour ne pas dépasser ce pourcentage beaucoup de sociétés « inondèrent » leur capital par tous les moyens, notamment par l'incorporation de réserves ». Voir également von Steiger, Z.G.H.K.R. 1955, Band 118, Heft 4, p. 166, et W. Stricker, p. 12.

³⁵ Voir infra, le mode d'augmentation du capital par incorporation des réserves.

³⁶ Marcel Deslandes, p. 230.

³⁷ C'est une conséquence logique d'une augmentation du capital sans augmentation de l'actif. Mais il arrive quelquefois que le chiffre du dividende réparti entre chaque action reste le même comme avant l'opération ; dans la Société Anonyme pour l'industrie de l'Aluminium de Chippis cette S.A. a maintenu, après l'augmentation de son capital en 1941, le taux de son dividende à 12 1/2 %, ce qui lui a occasionné une dépense de 9 375 000 francs contre 7 500 000 francs en 1940, qui n'a été compensée par aucune augmentation du capital productif (voir de Senarclens, p. 65). Voir également Joffroy, p. 165.

³⁸ Dividendenstabilisierung, voir J. G. Egger, Dividendenbezugsrecht des Aktionärs. Berlin 1930, p. 43 et p. 229.

sion de l'entreprise³⁹. Evidemment, on incite les actionnaires — après la conversion des réserves au capital — à exiger le même dividende mais sur un plus grand capital, et il se peut, lorsque la société se trouve dans une situation prospère, que le total des dividendes répartis se trouve augmenté. D'autre part, la société se protège, par cette conversion, contre les mesures fiscales qui établissent un impôt progressif sur les dividendes distribués par les sociétés⁴⁰. C'est une « précaution contre un réveil de la convoitise fiscale »⁴¹.

Remarquons aussi que le chiffre des dividendes distribués par la société, s'il apparaît très haut, provoquera l'intervention de la presse socialiste — qui devient de plus en plus forte — et du public qui réclame que ces mesures protectrices en faveur des travailleurs de la société soient prises et que leurs revendications légitimes leur soient accordées. C'est pour éviter de prendre ces mesures sociales qui conduisent à la perte des capitalistes et pour écarter la critique des journaux que la société décide de mettre fin à cette distribution énorme des dividendes⁴².

3. Les réserves comme telles (hormis la réserve légale)⁴³ sont toujours à la merci d'une décision de l'assemblée générale, et il y a certains actionnaires qui cherchent une satisfaction immédiate d'intérêt même si cet intérêt nuit à l'avenir de la société⁴⁴. Il arrive aussi que ces actionnaires s'opposent à un virement de nouveaux bénéfices aux réserves en estimant que les réserves sont suffisantes et en critiquant la politique de prévoyance des dirigeants de la société.

Un conseil d'administration prudent, au moment où les réserves sont indispensables à la bonne marche de l'entreprise et pour obvier aux inconvénients d'une longue politique de thésaurisation⁴⁵, préfère mettre les réserves en dehors de la disposition des actionnaires en proposant leur incorporation au capital social. La situation financière de la société, ainsi consolidée, donnera une grande satisfaction aux tiers et,

³⁹ De Senarclens, p. 64.

⁴⁰ Amiaud, p. 394.

⁴¹ Hamel et Lagarde, p. 872, N° 743.

⁴² Voir W. Stricker, p. 12.

⁴³ Vaes, p. 254.

⁴⁴ Deslandes, à la page 229, a constaté que pendant la guerre certains d'entre eux n'hésitaient pas à demander la distribution intégrale des bénéfices ou même la distribution des réserves pour tout ou partie ; voir également H. Janton, p. 103.

⁴⁵ De Senarclens, p. 64 : « les actionnaires, lorsqu'ils constatent que la société est largement pourvue de réserves, ont tendance à exiger de plus fortes distributions de dividendes au détriment — parfois — de la politique d'expansion de l'entreprise. L'incorporation de ces réserves au capital permet leur reconstitution, autrement dit l'acquisition, sans frais, des fonds dont la société a besoin ».

comme le dit Vaes ⁴⁶, « il n'est pas rare d'ailleurs que les prêteurs et les banquiers de la société, pour augmenter leur gage, exigent l'incorporation des réserves. En effet, dès que celle-ci est réalisée, le capital nouveau ne peut plus être modifié que suivant les dispositions de la loi ». Mais il faut bien savoir que, dans la majorité des cas, ce n'est pas l'amélioration de la situation des créanciers qui guide la société à procéder à cette opération.

Donc, par la conversion des réserves au capital, le crédit de la société se trouvera rehaussé et la société se garantit contre les propositions imprudentes des actionnaires. Cette conversion des réserves permet aussi à l'administration de faire disparaître les anciennes réserves de la comptabilité et d'obtenir facilement le consentement de l'assemblée générale sur la constitution de nouvelles réserves, puisque les actionnaires ne peuvent pas opposer la création des nouvelles réserves importantes « pour subvenir aux besoins de l'entreprise » ⁴⁷.

4. Il arrive aussi souvent qu'une société désire répartir entre ses actionnaires des bénéfices dont elle ne peut disposer en espèces, car le montant de ces bénéfices qu'elle a mis en réserves se trouve investi dans l'entreprise (immeuble, matériel, stock, etc.) ⁴⁸.

En incorporant les réserves au capital social par émission des nouvelles actions entièrement libérées ou par l'élévation de la valeur nominale des actions anciennes, la société donne la possibilité à ses actionnaires de monnayer leur répartition en vendant soit les nouvelles actions soit quelques-unes des actions anciennes.

Il faut prendre en considération le fait que, lorsque la société ne procède pas à l'émission de nouveaux titres, mais à l'augmentation de la valeur nominale des anciens titres, la valeur intrinsèque de l'action n'est pas modifiée par une transformation de réserves en capital. Mais dans le cas de l'émission des nouvelles actions, bien que le patrimoine de la société reste le même, la valeur réelle de chaque action est diminuée. « Il en résulte qu'au point de vue boursier cette forme d'augmentation de capital entraîne une plus large diffusion des titres et donne les mêmes avantages que la division en coupure ⁴⁹. »

Dans les deux cas, la fortune sociale n'est pas changée et — comme c'est une conséquence logique d'une augmentation de capital

⁴⁶ Vaes, p. 254.

⁴⁷ Voir Vaes, p. 254. Et comme le dit de Senarclens : « on juge fréquemment l'importance d'une entreprise au montant de son capital, opinion qui se justifie par le fait que ce montant, au contraire de celui des réserves, est inaccessible aux actionnaires » (art. 680, al. 2 C.O.) ; voir également Hamel et Lagarde, p. 872, N° 742.

⁴⁸ Folliet, p. 172. Voir également de Senarclens, p. 6, et J. Egger, p. 229.

⁴⁹ Voir Vaes, p. 255.

sans augmentation d'actif — les valeurs appartenant aux anciens actionnaires n'ont pas augmenté, en principe ⁵⁰.

5. Certaines sociétés procèdent à une telle opération comme une simple mesure d'expansion de l'entreprise. Dans le cas où la société dispose de réserves énormes, c'est le besoin de l'expansion et le souci d'indépendance ⁵¹ qui guident une administration diligente vers la grandeur de l'entreprise et la consolidation de son crédit. La situation prospère stable et la situation économique, politique et sociale favorable doivent encourager la société à incorporer ses réserves au capital et ne point laisser subsister le déséquilibre entre l'actif net de la société et le capital social.

Il est vrai qu'il n'y a pas un accroissement de moyens de production dans cette opération, puisque la fortune de la société reste inchangée, mais cette situation de la fortune sociale est tout à fait provisoire. La société, en augmentant son capital, est obligée de prélever annuellement certaines sommes sur le bénéfice net pour la reconstitution des réserves. C'est en opérant cette conversion des réserves que les sociétés arrivent à l'accroissement général « par l'extension des affaires sociales en vue de profiter de débouchés qu'elles estimaient considérables ou même pour le renforcement de la trésorerie en vue d'une crise qu'elles pouvaient prévoir » ⁵².

Ajoutons encore que le besoin de l'expansion est une cause principale de l'autofinancement de la société dont la capitalisation des réserves fait partie ⁵³.

6. Certaines incorporations des réserves au capital social ont pu être décidées à cause d'un intérêt fiscal ⁵⁴. Dans certains pays, les dividendes sont limités à un taux déterminé, et, pour ne pas dépasser ce bénéfice qui est considéré comme normal par le fisc, les sociétés procèdent à cette opération et elles évitent ainsi l'assujettissement à un impôt progressif sur les dividendes distribués.

En Suisse, l'impôt n'est pas évalué sur le montant absolu des bénéfices de la société anonyme, mais sur le bénéfice établi, en prenant en

⁵⁰ Kurt Kolb, p. 9. Nous disons (en principe) parce que ce ne sont pas toujours les mêmes conséquences qui arrivent et il arrive quelquefois que le prix des actions cotées en bourse ne change pas — même il augmente quelquefois — même après la conversion des réserves en capital et l'émission des nouveaux titres.

⁵¹ Voir Perrin, p. 39.

⁵² Voir Deslandes, p. 229.

⁵³ G. Perrin, p. 38.

⁵⁴ Siegart, ad. art. 650, N° 3 ; de Senarclens, p. 65 ; Deslandes, p. 229 ; Hamel et Lagarde, N° 743 ; Amiaud, p. 394 ; Vaes, p. 255 ; J. Joffroy, p. 165 et p. 167 ; A. Wieland, S.J.Z. 49, p. 171 ; W. Stricker, p. 11 et p. 13 ; Escarra (manuel), p. 498, N° 867.

considération le montant du capital social et des réserves, c'est-à-dire qu'il est évalué selon la rentabilité⁵⁵. Cette rentabilité se détermine en prenant au dénominateur le capital et les réserves, de sorte que l'augmentation du capital au moyen des réserves ne change rien à cette division.

§ 4. *Modes d'incorporation des réserves au capital social*

La conversion des réserves au capital social est susceptible de se réaliser par l'émission des actions nouvelles à titre gratuit, ou par l'élévation de la valeur nominale des actions anciennes⁵⁶.

La première méthode est le plus souvent employée en Suisse et de même en Allemagne⁵⁷, tandis que la deuxième est très rarement utilisée en raison de la difficulté d'estampillage⁵⁸, bien qu'elle soit plus économique que la première méthode⁵⁹.

D'autre part, l'émission de nouvelles actions est beaucoup plus favorable pour les actionnaires puisque l'augmentation de la valeur nominale des actions anciennes ne présente pas la tangibilité nécessaire, tandis que la création des actions nouvelles permet aux actionnaires de mobiliser leur droit sur les réserves par la facilité apportée à la négociabilité de leurs titres à la bourse.

D'autre part, théoriquement, la valeur boursière de l'action ancienne devrait baisser en proportion, à cause de l'émission des nouvelles actions à titre gratuit, mais cette baisse est moins forte parce que, en calculant cette valeur, on ne fait pas un compte exact du montant des réserves⁶⁰.

Le résultat comptable de ces deux méthodes est le même : la réduction du chiffre de réserves et l'augmentation du chiffre capital ; mais le montant d'actif ne subit aucune modification. Il faut bien remarquer

⁵⁵ W. Stricker, p. 13.

⁵⁶ Voir Scherrer, p. 53; Siegwart, ad. art. 650, N° 21; von Salis, p. 85; A. Wieland, S.J.Z. 49, p. 157; Batardon, p. 364; Cordonnier, p. 84; de Senarclens, p. 66; Ripert, p. 554; Escarra, p. 497; Janton, p. 109; Vaes, p. 252; Hamel et Lagarde, Nos 744 et suiv.; Folliet, p. 171; Deslandes, p. 236.

⁵⁷ Voir A. Wieland, S.J.Z. 49, p. 171.

⁵⁸ « L'augmentation de la valeur nominale des titres est constatée par estampillage, d'où difficulté extrême de la société à se les procurer tous dans un délai raisonnable », voir : de Senarclens, p. 66, note N° 3. Cet estampillage mentionne le montant du nouveau capital, la valeur nominale nouvelle de chaque action et la date de l'assemblée générale qui a décidé l'augmentation du capital (voir Batardon, p. 364).

⁵⁹ Voir Hamel et Lagarde, N° 744.

⁶⁰ Voir Ripert, N° 1400.

que ces deux méthodes ne sont pas soumises à la même procédure ⁶¹ et elles sont commandées à la fois par des considérations d'ordre financier et des exigences juridiques ⁶².

1. L'incorporation des réserves au capital social par l'attribution à titre gratuit des nouvelles actions :

On dénomme ces actions très souvent des « actions gratuites » ; ce terme n'est pas admis unanimement par la doctrine qui préférerait les appeler « actions de transfert » ⁶³ et nous affirmons avec Vaes qu'elles ne sont cependant gratuites qu'en apparence, puisque les actionnaires « n'acquièrent leur droit aux actions nouvelles que moyennant la renonciation à leurs droits dans la répartition des bénéfices » ⁶⁴.

Cette méthode d'incorporation des réserves est la plus fréquente au point de vue pratique ⁶⁵ et la plus appréciée par les actionnaires, puisqu'elle permet de mobiliser leurs droits sur les réserves ⁶⁶.

Ajoutons ici qu'en Suisse et spécialement ces dernières années presque 90 % des sociétés anonymes qui ont capitalisé leurs réserves l'ont fait sous la forme d'émission de nouvelles actions ; prenons par exemple — dans les sociétés que nous avons étudiées et qui ont procédé à l'incorporation des réserves au capital tout récemment — les sociétés suivantes :

1. CORPA S. A., à Genève, en 1956, a porté son capital de 85 000 francs à 240 000 francs par l'émission de 155 actions de 1000 francs au porteur, entièrement libérées dont 120 par prélèvement d'une somme de 120 000 francs sur une réserve à la disposition de l'assemblée générale ⁶⁷.
2. BAUMANN-JEANNERET S. A., à Genève, dans son assemblée générale du 31 octobre 1956, a porté son capital de 120 000 francs à 240 000 francs par incorporation d'une somme de 120 000 francs

⁶¹ Voir de Senarclens, p. 66, et A. Wieland, p. 174.

⁶² Hamel et Lagarde, N° 743.

⁶³ « Umwandlungsaktien », voir Jean Favre, Thèse, Fribourg 1952, « la revalorisation des réserves latentes en droit suisse », p. 34 ; voir également von Waldkirch Hans : « Aktienkapital aus Reserven » S.J.Z. 44, p. 1 et s., et selon ce dernier « la caractéristique des actions gratuites au point de vue du bilan ne consiste pas dans le fait qu'une partie du patrimoine social, un droit ou un service quelconque ait été accordé gratuitement par la société aux actionnaires, mais uniquement en une transformation des réserves en capital social. C'est là une simple opération comptable par laquelle les actifs de la société ne subissent aucun changement et qui ne justifie aucun droit nouveau et aucun avantage économique quelconque au profit au profit de l'actionnaire. »

⁶⁴ Vaes, p. 253.

⁶⁵ Voir S.A.S. 1957, p. 123.

⁶⁶ Hamel et Lagarde, N° 745.

⁶⁷ F.O.S.C. 1956, Nr. 123, p. 1372.

prélevée sur des réserves à la disposition de l'assemblée générale et par l'émission de 120 actions de 1000 francs ⁶⁸.

3. SOCIÉTÉ FIDUCIAIRE ROMANDE, dans son assemblée générale du 7 novembre 1956, a porté son capital de 100 000 à 150 000 francs par l'émission de 100 actions de 500 francs libérées au moyen d'une réserve à disposition de l'assemblée générale ⁶⁹.
4. SOCIÉTÉ GÉNÉRALE D'AFFICHAGE à Genève a augmenté deux fois son capital par l'incorporation des réserves en 1953 et en 1956 et par l'émission des nouvelles actions ⁷⁰.
5. W. SIEGRIST & Cie S. A., à Grenchen, dans son assemblée générale du 15 juin 1953 et du 5 décembre 1953, a augmenté son capital de 90 000 à 180 000 francs par l'incorporation partielle des réserves d'une somme de 45 000 francs et par l'émission de 90 actions de 1000 francs ⁷¹.
6. J. KESSLER S. A., à Zurich, l'assemblée générale du 13 janvier 1954 a porté son capital de 50 000 à 75 000 francs par l'incorporation des réserves à la disposition de l'assemblée générale et par l'émission de 25 actions de 1000 francs ⁷².
7. SCHOOP-REIFF & Co. S. A., à Zurich, dans son assemblée générale du 12 février 1954, a porté son capital de 600 000 francs à 1 200 000 francs par l'incorporation des réserves à sa disposition et par l'émission de 600 actions de 1000 francs ⁷³.
8. JUL. FISCHER & Cie S. A., à Zurich, dans son assemblée générale du 22 décembre 1955, a porté son capital de 100 000 francs à 250 000 francs par l'incorporation partielle de réserves au capital et par l'émission de 150 nouvelles actions de 1000 francs ⁷⁴.
9. SICPA S. A., à Prilly, assemblée générale du 4 septembre 1956, la société a porté son capital de 200 000 francs à 400 000 francs par l'émission de 200 actions nouvelles de 100 francs et par l'incorporation partielle des réserves ⁷⁵.
10. STANDARD TÉLÉPHONE ET RADIO S. A., à Zurich, dans son assemblée générale du 20 septembre 1956, a porté son capital

⁶⁸ F.O.S.C. 1956, Nr. 269, p. 2888.

⁶⁹ F.O.S.C. 1956, Nr. 274, p. 2937.

⁷⁰ F.O.S.C. 1956, Nr. 297, p. 3219. Nous parlerons plus tard de cette société en examinant l'incorporation partielle et l'autorisation donnée à l'administration de procéder à l'augmentation du capital.

⁷¹ F.O.S.C. 1954, p. 56.

⁷² F.O.S.C. 1954, Nr. 25, p. 282.

⁷³ F.O.S.C. 1954, p. 486.

⁷⁴ F.O.S.C. 1956, Nr. 13, p. 138.

⁷⁵ F.O.S.C. 1956, Nr. 219, p. 2367.

de 5 000 000 à 6 000 000 de francs par l'émission de 1000 nouvelles actions de 1000 francs et par l'incorporation des bénéfices nets ⁷⁶.

11. ELEKTRIZITÄTSWERK BRIG-NATERS, à Brigue, dans son assemblée générale du 24 mars 1956, a porté son capital de 500 000 francs à 1 000 000 de francs par l'incorporation des réserves à la disposition de l'assemblée générale et par l'émission de 1000 actions nouvelles de 500 francs ⁷⁷.

Mais cette forme d'incorporation de réserves présente, elle aussi, un inconvénient ⁷⁸. Pour écarter cet inconvénient, Janton ⁷⁹ propose aux assemblées générales des sociétés anonymes d'éviter de convertir en actions la totalité des réserves « et d'augmenter le capital dans une mesure qui permette de maintenir aisément les répartitions anciennes en affectant au besoin une partie des réserves subsistantes à l'égalisation des dividendes ».

Ces nouvelles actions sont réparties entre les actionnaires au pro-rata des actions anciennes qu'ils détiennent.

En droit suisse et selon l'art. 650 al. 1 C.O., sauf disposition contraire de la loi, une société ne peut émettre des actions nouvelles qu'en se conformant aux prescriptions applicables à la fondation des sociétés anonymes.

La constitution d'une S. A. peut s'opérer ou bien par la souscription successive (fondation successive), selon les art. 629-637 C.O., ou bien par la fondation simultanée, selon l'art. 638 C.O. Or, l'art. 650 C.O., qui signale la fondation successive et simultanée, s'applique — avec réserve — à l'augmentation de capital social par l'émission de nouvelles actions. « Autrement dit, on peut procéder soit par augmentation successive, soit par augmentation simultanée. » ⁸⁰ Nous parlerons plus tard de ces deux procédures d'augmentation de capital social et de la différence qui existe entre la fondation de la S. A. et l'augmentation de son capital ⁸¹.

2. L'incorporation des réserves au capital par l'élévation de la valeur nominale des actions anciennes :

⁷⁶ F.O.S.C. 1956, Nr. 275.

⁷⁷ F.O.S.C. 1956, Nr. 80, p. 884.

⁷⁸ A la suite de l'émission des nouvelles actions, les dividendes revenant à chaque titre sont normalement réduits « et les personnes mal informées voient dans cette diminution apparente des dividendes un signe de faiblesse qu'il est toujours bon de ne pas s'exposer à laisser apparaître ». Voir Janton, p. 104.

⁷⁹ P. 104.

⁸⁰ De Senarclens, p. 67, voir également von Salis, p. 118 et suivante et p. 211 et suivante ; A. Wieland, S.J.Z. p. 49, p. 174.

⁸¹ Voir ultra, p. 113.

Cette méthode d'incorporation des réserves au capital est très rarement employée, comme nous l'a montré la consultation des F.O.S.C. des cinq dernières années ; en effet, elle ne permet pas toujours à l'actionnaire de mobiliser son droit sur les réserves tout en conservant sa qualité d'associé, spécialement s'il ne possède qu'une seule action ; d'autre part, elle risque d'être inapplicable si les réserves converties au capital social appartiennent à plusieurs catégories d'actions ayant des droits différents, ou elles appartiennent à des actionnaires et à des porteurs de parts en même temps ⁸².

Nous ajoutons aussi que cette méthode ne permet pas si facilement — contrairement à l'émission des nouvelles actions dites gratuites — d'augmenter la valeur marchande des titres en bourse plus tard. La valeur réelle de la part des actionnaires dans la société reste la même dans les deux procédés ⁸³ d'incorporation des réserves au capital, mais nous trouvons quand même la situation des actionnaires plus favorable dans l'avenir de la société en appliquant la première méthode. Cependant, il faut bien remarquer que l'élévation de la valeur nominale des actions anciennes est plus économique puisqu'il s'agit d'un simple estampillage des actions, qui est substitué à l'impression de certificats nouveaux ⁸⁴.

Le N.C.O. ne mentionne pas cette façon d'augmentation de capital. Le législateur suisse, comme le dit de Senarclens ⁸⁵, a sans doute estimé qu'elle ne revêtait pas une importance pratique suffisante pour mériter d'être réglée par des dispositions législatives. Puisque cette forme d'augmentation du capital social a été interdite expressément par l'art. 614 al. 2 de l'ancien C.O. ⁸⁶ et que le N.C.O. n'a pas repris cette interdiction, la jurisprudence du T.F. ⁸⁷, la doctrine ⁸⁸ et la pra-

⁸² Hamel et Lagarde, N° 744.

⁸³ Vaes, p. 256.

⁸⁴ Hamel et Lagarde, N° 744.

⁸⁵ De Senarclens, p. 73, voir également von Salis, p. 85, note 36.

⁸⁶ Cet art. 614, al. 2 de l'A.C.O. prévoyait que (la valeur nominale des actions ne peut être ni diminuée ni augmentée pendant la durée de la société si cette modification influe sur la valeur nominale du capital actions) et il a été remplacé par l'art. 623 de N.C.O., voir à ce sujet Folliet, p. 176.

⁸⁷ A.T.F. 67.1.115/J.T. 1941, 581.

A.T.F. 70.1.321. Voir également S.A.S. 14, p. 39.

Théo Guhl Z.B.J.V. 78.1942.541. Sem. Jud. 63 (1941), p. 384.

⁸⁸ Voir Siegwart, ad. art. 650, N° 22 et ad. art. 623, N° 7, Scherrer, p. 55. Von Steiger/Cosandey, p. 293, von Steiger/Freymond (les inscriptions dans le R.C.), p. 66, note 1, Folliet, p. 175 et p. 171. De Senarclens, p. 73, Schucany, ad. art. 650, N° 1, Funk, ad. art. 650, N° 1, Guhl/des Gouttes, p. 453, K. Wieland (Handelsrecht) 11, p. 164, note 8, von Salis, p. 85, note 36.

Mais Wieland et von Salis estiment que même sous l'ancien droit, les actionnaires étaient libres de décider à l'unanimité d'augmenter la valeur nominale de leurs actions (voir de Senarclens, p. 73, N. 4). Voir également Waldkirch S.J.Z. 44, p. 1 ;

tique approuvent la licéité de ce procédé malgré que le N.C.O. ne l'a pas réglementé comme le premier procédé⁸⁹ en indiquant que l'art. 623 C.O. n'exclut pas une augmentation du capital social par l'élévation de la valeur nominale des actions. Mais il faut prendre en considération les difficultés qui découlent de l'application de l'art. 680 al. 1 C.O. en ce qui concerne ce deuxième procédé dans l'augmentation du capital avec exigence de nouveaux versements des actionnaires, c'est-à-dire dans le cas de l'incorporation partielle des réserves au capital par l'élévation de la valeur nominale des actions, cas tout à fait licite au point de vue juridique, puisque, dans ce cas-là, il faut obtenir le consentement de tous les actionnaires⁹⁰.

Mais dans la capitalisation des réserves, l'unanimité n'est pas nécessaire, si la valeur nominale élevée des actions a été entièrement libérée par l'incorporation des réserves et que la décision de l'assemblée générale n'exige pas un nouveau versement des actionnaires. La pratique suisse utilise aussi cette forme d'augmentation du capital par l'incorporation des réserves et l'élévation de la valeur nominale des actions, prenons quelques exemples :

1. OSTERSETZER S. A., à Genève, dans son assemblée générale du 15 décembre 1955, a porté son capital de 500 000 à 1 000 000 de francs par l'incorporation dans le dit capital d'une somme de 500 000 francs prélevée sur les réserves à la disposition de l'assemblée générale et par l'élévation de la valeur nominale de chacune des 500 actions nominales de 1000 francs à 2000 francs⁹¹.
2. FRIEDLI FRÈRES S. A., à Reconvilier (fabrication, achat et vente d'horlogerie). Dans son assemblée générale du 13 décembre 1954 a porté son capital de 50 000 francs à 100 000 francs par élévation de la valeur nominale de chacune des 100 actions nominales de 500 francs à 1000 francs. L'augmentation de 50 000 francs du capital social est libérée pour 30 000 francs en espèces et pour 20 000 francs par prélèvement sur les réserves à la disposition de l'assemblée générale⁹².

Nous connaissons aussi d'autres sociétés suisses qui ont procédé à l'augmentation du capital avec l'élévation de la valeur nominale de leurs actions, mais sans incorporation des réserves, comme la S. A.

Heinz Reichwein S.A.S. XXI, p. 229 et 189 ; René Couchepin (Praxis des Bundesgerichts in Handelsregistersachen) Zurich 1946, p. 89 ; Wirz, p. 108 et p. 136.

⁸⁹ Voir S.A.S. 1957, p. 123.

⁹⁰ Voir von Steiger S.A.S. 16, p. 97. (Gibt es bei der Kapitalerhöhung ein sog. Simultanverfahren ?)

⁹¹ Voir F.O.S.C. 1955, p. 3314.

⁹² Voir F.O.S.C. 1954, Nr. 303, p. 3326.

Madri, à Renens, dans son assemblée générale du 9 novembre 1956 ⁹³. La S.A. (Banque de Dépôts), à Genève, dans son assemblée générale du 9 octobre 1956 ⁹⁴ et la S.A. Gerisa, Groupe d'études et de réalisations immobilières, à Vernier (Genève), dans son assemblée générale du 13 août 1956 ⁹⁵.

L'art. 623 du N.C.O., qui a remplacé l'art. 614 de l'A.C.O., prévoit que « l'assemblée générale a le droit de diviser les actions en titres de valeur nominale réduite, ou de les réunir en titres de valeur nominale plus élevée par une modification des statuts et à la condition que le montant du capital ne subisse pas de changement.

La réunion en titres de valeur nominale plus élevée ne peut s'opérer qu'avec le consentement de l'actionnaire. »

Mais nous affirmons avec Folliet ⁹⁶ que cette disposition ne s'applique pas à l'augmentation de la valeur nominale des actions par incorporation des réserves, et que si l'assemblée générale a le droit de diviser les actions en valeur nominale réduite sous les conditions imposées par l'art. 623 al. 1 C.O., « elle ne saurait sous les mêmes conditions réunir les titres de valeur nominale plus élevée, attendu qu'il serait alors porté atteinte à des droits acquis, l'actionnaire ne peut en effet être tenu d'acheter des actions complémentaires ou de vendre ou laisser annuler celles qu'il possède déjà » ⁹⁷.

Mais dans l'élévation de la valeur nominale des anciennes actions avec libération intégrale au moyen des réserves, on ne porte pas atteinte aux droits acquis de l'actionnaire ⁹⁸. Donc, le consentement unanime dans ce cas-là n'est pas nécessaire et il suffit de la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées, à moins que les statuts n'exigent un quorum plus élevé ⁹⁹.

D'autre part, l'art. 650 C.O., s'il est applicable au cas d'augmentation du capital social par l'émission des nouvelles actions, ne s'applique pas à l'augmentation de la valeur nominale des actions et il s'agit d'une simple modification des statuts qui doit être décidée par la majorité de l'assemblée générale et faire l'objet d'un acte authentique ¹⁰⁰.

⁹³ Voir F.O.S.C. 1956, Nr. 268, p. 2877.

⁹⁴ Voir F.O.S.C. 1956, Nr. 261, p. 2795.

⁹⁵ Voir F.O.S.C. 1956, Nr. 198, p. 2176.

⁹⁶ Folliet, p. 176.

⁹⁷ Message du Conseil fédéral du 21 février 1928, p. 24.

⁹⁸ Folliet, p. 176.

⁹⁹ Voir Scherrer, p. 69 : de Senarclens, p. 75, note 1, et von Steiger/Cosandey, p. 295.

¹⁰⁰ De Senarclens, p. 75, ajoutons que dans un arrêt du T.F. (voir A.T.F. 67. 1. 115 J.D.T. 1941 p. 582) dans la cause (Corda S.A. contre Commission de Justice du canton de Bâle-Ville, 13 mai 1941), qui a été commenté par P. Carry (voir Journal de Genève du 11 octobre 1941, p. 3), et par Gubler S.A.S. 14 (1941-1942),

Les réserves peuvent être incorporées au capital social de deux manières,¹⁰¹ au point de vue théorique.

1. par l'incorporation indirecte des réserves au capital. Ce procédé consiste dans la répartition des réserves entre les actionnaires, décidée par l'assemblée générale, suivie d'une souscription concomitante d'actions nouvelles. La libération de ces nouvelles actions est faite par un nouveau versement des réserves distribuées. Ce procédé est aujourd'hui à peu près complètement abandonné dans la pratique,¹⁰² même si sa validité n'a jamais été contestée.
2. par l'incorporation directe des réserves au capital social, simple opération comptable, un virement de compte réserves au compte capital. C'est le procédé le plus simple et le moins onéreux.

La validité du deuxième procédé a été discutée pendant longtemps. Pour certains auteurs, ce deuxième procédé entraînait l'augmentation des engagements des actionnaires. A notre époque, tous les auteurs sont d'accord¹⁰³ pour reconnaître que la conversion directe n'entraîne aucune charge nouvelle pour les actionnaires et elle est indépendante de tout apport, qu'il s'agit simplement d'un virement d'écriture qui fait passer les réserves au compte capital. Cette opération rentre dans le pouvoir de la société dans la détermination de l'emploi de ses ré-

p. 39. le Tribunal fédéral « a posé en principe que pour savoir jusqu'à quel point l'art. 650 C.O. pouvait être appliqué par analogie à l'augmentation de la valeur nominale des actions, il fallait rechercher le but poursuivi par cet article qui vise d'après lui, d'une part, à protéger les tiers, d'autre part à prévenir une souscription irréfléchie d'actions », de Senarclens, p. 74, et il ajoute « qu'il protège les actionnaires contre une mesure de conseil d'administration tendant à s'assurer ou à assurer à des tiers la majorité des voix à l'assemblée générale et le pouvoir effectif sur la société par émission clandestine d'actions à destination limitée ».

Nous signalons ici que : puisque l'incorporation des réserves au capital porte un intérêt aux créanciers sociaux et consolide leur situation envers la société et puisque il ne s'agit pas d'émission d'actions, mais d'élévation de la valeur nominale des actions, « il n'y a pas lieu de prévenir une souscription imprudente ni de protéger les droits des actionnaires contre des mesures du conseil d'administration tendant à réduire leur influence au sein de l'assemblée générale ». Voir de Senarclens, p. 74 et s.

Donc, il n'y a aucune raison d'admettre l'analogie et d'appliquer l'art. 650 C.O. au cas d'élévation de la valeur nominale des actions et il n'y a pas lieu de rechercher le but de cet article (bien exprimé par le T.F. ci-dessus) en l'appliquant à l'augmentation de la valeur nominale des actions.

¹⁰¹ Jacques Landeroin, p. 96 ; Moreau, p. 685 ; Escarra, p. 498 ; Cordonnier, p. 93 ; Batardon, p. 363 ; Deslandes, p. 231.

¹⁰² Voir Moreau, p. 686. Nous avons déjà affirmé avec Hamel et Lagarde (voir N. 743) que cette décomposition de l'opération est tout à fait abandonnée. C'est une analyse juridique primitive.

¹⁰³ Voir Moreau p. 685, tome I ; Ripert, p. 554, No 1399 ; Pierre Joffroy, p. 103, Thèse Toulouse 1944 des réserves et leur incorporation au capital social dans les S.A.

serve¹⁰⁴ et la société est libre et souveraine de ne pas distribuer les réserves¹⁰⁵ ou de les incorporer directement au capital social. Cette décision de capitalisation des réserves peut être faite tout en respectant les conditions de quorum de présence et de la majorité exigées par la loi pour les modifications statutaires (voir p. 143). Donc, la validité de la conversion directe des réserves aux actions n'est plus discutée aujourd'hui¹⁰⁶ et elle est considérée de nos jours comme la méthode la plus pratique et la plus souvent employée, puisque la conversion indirecte des réserves aux actions présente l'inconvénient « de comporter une souscription d'actions et ensuite de mettre en mouvement les formalités exigée pour la constitution du capital initial »¹⁰⁷. D'autre part, la conversion indirecte des réserves au capital est dans la plupart des cas impossible à réaliser, « car, en fait, la société ne possède généralement pas en espèces ou en valeurs liquides les réserves qu'elle a constituées : celles-ci se trouvent représentées par un actif immobilisé, du matériel, des marchandises, etc. »¹⁰⁸. Les actionnaires ne sont pas obligés de participer à la deuxième étape de la conversion indirecte, c'est-à-dire à la souscription des nouvelles actions par le reversement des réserves distribuées, ils peuvent exiger, dans ce cas-là, des répartitions réelles des réserves¹⁰⁹.

La conversion directe des réserves en actions peut être utilisée non seulement lorsque la société possède des réserves assez importantes pour permettre une attribution suffisante des actions à titre gratuit, mais même dans le cas où les réserves ne suffisent pas pour l'émission des actions gratuites, elle permettra d'élever la valeur nominale des actions d'une somme égale et profiter ainsi à tous les actionnaires¹¹⁰.

Le seul inconvénient apporté à la transformation directe des réserves en capital social par rapport à la transformation indirecte, c'est que dans le premier cas les actionnaires se voient imposés, par une décision majoritaire, une remise des nouvelles actions ou une élévation de

¹⁰⁴ Voir Deslandes, p. 266.

¹⁰⁵ Ripert, p. 554.

¹⁰⁶ Voir Cordonnier, p. 81 ; Escarra (manuel), p. 498. N. 868 ; Landeron, p. 98 ; voir également Hamel et Lagarde, No 743, et Moreau, p. 685.

¹⁰⁷ Escarra, p. 498.

¹⁰⁸ Batardon, p. 363.

¹⁰⁹ Selon Moreau, p. 702 « l'actionnaire qui veut participer à l'augmentation de capital signe un bulletin de souscription en y joignant le coupon affecté spécialement à cet effet, si son action est au porteur, ou en présentant son titre pour estampillage de l'exercice de son droit de souscription s'il est nominatif.

L'actionnaire qui ne veut pas souscrire à l'augmentation de capital, encaisse sa part dans la somme distribuée contre remise du coupon, ou cède ce coupon à un actionnaire ou à un tiers, en observant les conditions prescrites, en ses lieu et place. »

¹¹⁰ Voir Moreau, p. 686.

la valeur nominale des actions anciennes qui ne présente pas la disponibilité nécessaire pour eux. Les actionnaires préfèrent recevoir — comme dans le cas de la conversion indirecte — en espèces les réserves distribuées. Mais cet inconvénient se trouve atténué par le fait de la négociabilité des titres à la bourse et la possibilité de vendre les actions gratuites ou quelques-unes des actions de valeur nominale surélevée ¹¹¹.

Il faut bien remarquer que, si nous avons admis le principe de l'incorporation de la réserve légale au capital social (voir p. 84), ce n'est que dans le cas de l'incorporation directe et non pas dans l'incorporation indirecte des réserves au capital, puisque la réserve légale ne peut être jamais distribuée aux actionnaires ; de même, la réserve de la réévaluation d'immobilisation (la plus-value d'actif immobilisé) doit rester en dehors de toute distribution et doit être réincorporée au capital social.

Pour l'incorporation indirecte, seules les réserves apparentes, comptabilisées et correspondantes à des bénéfices réellement acquis et distribuables ¹¹² peuvent être employées à cette fin. C'est également la tendance de la doctrine française ¹¹³.

§ 6. *L'incorporation obligatoire et facultative* ¹¹⁴

On distingue entre l'incorporation obligatoire et l'incorporation facultative. L'incorporation obligatoire est la même opération que l'incorporation directe, mais une autre dénomination, l'incorporation facultative, c'est la conversion indirecte des réserves au capital social.

Dans le premier cas, l'assemblée générale décide d'office d'incorporer les réserves au capital sans laisser à l'actionnaire la possibilité de réclamer sa part des réserves. Tandis que dans l'incorporation facultative, l'actionnaire a le droit — selon la décision de l'assemblée générale — de choisir ou bien sa part de réserves distribuées sous forme de numéraire, ou bien le nombre d'actions nouvelles correspondantes.

En droit suisse, cette distinction est considérée selon de Senarclens (p. 77) comme tout à fait théorique, puisque toutes les sociétés suisses

¹¹¹ Cordonnier, p. 94. Voir également Vaes, p. 256 et ss. La pratique prouve qu'il vaut mieux pour l'actionnaire de souscrire aux nouvelles actions gratuites que de prendre sa part de réserves, car, dans la majorité des cas, son revenu de la vente en bourse des nouvelles actions est beaucoup plus élevé que sa part de réserves distribuées. Vois à ce sujet Vaes, p. 257 et ss.

¹¹² Cela veut dire qu'ils sont permis d'être distribués comme dividende ou tantième (voir Cordonnier, p. 127).

¹¹³ Voir Cordonnier, p. 127 ; Moreau, p. 703 ; Amiaud, N° 196.

¹¹⁴ Voir Vaes, p. 255 ; de Senarclens, p. 76 ; Deslandes, p. 234. 35, 260.

ont recours à la consolidation obligatoire des réserves, les actionnaires ayant toujours — tant que les statuts n'en disposent pas autrement — la possibilité de vendre leurs droits à des actions nouvelles ou à des fractions de ces actions ¹¹⁵.

§ 7. Effets de l'incorporation

Si l'incorporation des réserves au capital n'entraîne aucun changement direct dans le domaine économique, ¹¹⁶ puisqu'elle n'accroît pas les moyens de production de la société, elle produit des effets juridiques avec répercussion sociale, financière, économique et fiscale ¹¹⁷.

Parlons de ces effets à l'égard de la société, à l'égard des créanciers sociaux et à l'égard des actionnaires.

a) *Effets à l'égard de la société* : Il résulte de l'incorporation des réserves des répercussions heureuses à l'égard de la société, c'est la consolidation ¹¹⁸ de la situation financière de la société apportée par l'augmentation de l'actif indisponible et la possibilité de créer de nouvelles réserves jusqu'au minimum légal, de même la possibilité d'attribuer à ce fonds ce que la société juge opportun en plus du minimum légal. Il résulte aussi un grand effet sur la confiance du grand public, car pour lui la vitalité de l'entreprise repose, comme le dit Joffroy ¹¹⁹, sur une question de millions. Plus le capital social est important et plus il se sent rassuré ; sa confiance est liée à l'importance du capital.

Au point de vue financier, l'incorporation des réserves au capital entraîne le rapprochement du montant du capital au montant de l'actif net de la société et elle aboutit à une exactitude plus grande du bilan de la société au point de vue fiscal.

¹¹⁵ De Senarclens, p. 77, et Vaes, p. 257.

¹¹⁶ Selon Amiaud, N° 222 « la situation industrielle et économique de la société, propriétaire d'un patrimoine unique qu'elle utilise suivant ses besoins, se présente à ce point de vue identique avant comme après l'opération » et dans le même sens : Chalaron, p. 161, et Joffroy, p. 159 et suivante. Mais nous croyons que cette identification de la situation économique de la société avant l'opération et après n'est que provisoire, puisque la capitalisation des réserves dans une société bien administrée est un geste de prospérité stable et durable. Les bénéfices de l'exercice suivant constitueront de nouveau la réserve légale et des autres réserves, l'actif social augmente et les moyens de production deviennent plus solides qu'avant.

¹¹⁷ Joffroy, p. 161 ; Chalaron, p. 161.

¹¹⁸ Voir Batardon, p. 367, et Siegwart, ad. art. 560, N° 3. (Voir également supra sur l'autofinancement).

¹¹⁹ Joffroy, p. 162. Selon lui « la société qui augmente son capital par l'incorporation des réserves, révèle, au vu et au su de tout le monde, dans la mesure des réserves incorporées, la puissance de ses moyens et l'habileté manœuvrière de ses dirigeants auxquels elle doit à coup sûr beaucoup d'être à la tête de fonds de réserves convenablement pourvues ».

L'incorporation des réserves au capital s'oppose à toute répartition des réserves aux actionnaires. Elle oblige la société à renforcer sa réserve légale de façon à la porter au cinquième du nouveau capital. Cela entraîne, à notre avis, des effets économiques très importants pour l'avenir de l'entreprise, puisque la nouvelle réserve légale sera plus importante que l'ancienne et les moyens de la production augmenteront jour après jour. Le crédit de la société se trouvera renforcé et augmenté en proportion de l'accroissement de son capital social ¹²⁰.

b) *A l'égard des créanciers sociaux* : l'incorporation des réserves au capital renforce la sécurité de leur gage envers la société, cela ne veut pas dire que leur gage devient plus étendu, car il portait auparavant sur l'actif entier y compris les réserves. Mais ces réserves pouvaient être distraites de ce gage par leur distribution anticipée aux actionnaires. Une fois que les réserves sont capitalisées, elles deviennent indisponibles et indistribuables. Et en prenant le caractère juridique du capital, elles acquièrent le caractère de fixité et d'intangibilité du capital.

Tous les auteurs ¹²¹ sont d'accord pour admettre que la capitalisation des réserves présente un avantage pour les créanciers de la société, puisque leur gage se trouve plus efficace et plus assuré qu'auparavant à cause de l'indisponibilité apportée à l'actif social, et qu'il s'accroîtra encore par la création de nouvelles réserves légales.

Comme nous avons déjà signalé (voir p. 49), il arrive très rarement que l'amélioration de la situation des créanciers sociaux soit la préoccupation qui guide la société de restreindre ¹²² le droit de disposition qu'elle possède sur ses réserves par sa capitalisation, puisque nous avons déjà expliqué les motifs de cette opération. Donc, indirectement et sans que ce soit l'intention réelle de la société, les créanciers sociaux jouissent d'une sûreté supplémentaire et d'une consolidation de leur gage social.

c) *A l'égard des actionnaires* : La capitalisation des réserves — qui sont la propriété exclusive ¹²³ de la société — rentre dans le pouvoir de l'assemblée générale des actionnaires, organe suprême de la société, qui a le droit de prendre toutes les décisions qui lui sont réservées par

¹²⁰ Voir Escarra (manuel) N° 867.

¹²¹ Batardon, p. 365 ; Siegwart, Kommentar, ad., art. 650 N° 3 ; von Steiger/Cosandey, p. 298 ; de Senarclens, p. 77 ; Escarra, p. 497 ; Chalaron, p. 169 ; Cordonnier, p. 81 ; Vaes, p. 254 ; Hamel et Lagarde, p. 872, N° 743 ; Joffroy p. 160 ; Amiaud, N° 222.

¹²² Amiaud, p. 393, N° 222.

¹²³ Et comme le dit Jean Favre, p. 38 : « la doctrine est d'accord pour affirmer que les réserves sont la propriété exclusive de la société qui les a constituées ».

la loi ou les statuts (art. 698 al. 2 ch. 5 C.O.) et le droit d'adopter et de modifier les statuts (art. 698 al. 2 ch. 1 C.O.). La décision prise à l'assemblée générale s'impose à tous les actionnaires.

Comme nous l'avons déjà signalé : la modalité le plus souvent employée pour la conversion des réserves au capital est celle de la création des actions nouvelles en raison des avantages qu'elle présente, surtout si le cours des actions est très haut. La multiplication de ces actions fait baisser leur cours en bourse, et leur négociabilité devient plus facile, le marché de la valeur s'en trouve élargi ¹²⁴ et les titres deviennent moins lourds et facilement négociables. C'est la modalité la plus avantageuse pour les actionnaires.

Nous répétons ici que la valeur des actions appartenant à chaque actionnaire n'est pas changée en règle générale dans l'application de l'une des deux modalités précédentes, puisque les anciennes actions étaient cotées à la bourse en considération des réserves existantes ¹²⁵.

Mais, malgré cette stabilité des valeurs appartenant aux actionnaires, pour ceux-ci, « l'incorporation des réserves au capital amènera une détente, rapprochera le cours des titres d'une expression plus vraie des valeurs actives qui lui servent de support, stabilisera les cours, élargira le marché, allégera les titres » ¹²⁶.

La situation des actionnaires après l'incorporation des réserves au capital ne subit aucun changement ou amélioration directe, en principe, puisque le résultat juridique principal de la capitalisation des réserves n'est pas d'enrichir les actionnaires par « l'appropriation privative des bénéfices accumulés » ¹²⁷, mais de stabiliser l'actif social qui pourra — suivant les fluctuations de la société — entraîner des nouvelles plus-values ou être absorbé si la marche de la société est défectueuse. Mais une bonne administration ne procède à une telle opération qu'après avoir étudié toutes les circonstances qui entourent la vie de la société. Si la prospérité de l'entreprise est durable, pour les actionnaires l'incorporation des réserves leur vaut des avantages.

L'augmentation du nombre des actions n'est qu'un signe extérieur « sur lequel il ne faut pas se méprendre ¹²⁸ », puisque l'actif sur lequel ils exercent leurs droits n'est pas changé, il reste aux actionnaires immuable et les bénéfices qui seront distribués restent en principe stationnaires.

¹²⁴ Chalaron, p. 166 ; Escarra, p. 498, N° 867 ; Siegwart, ad. art. 650. N° 3.

¹²⁵ Voir S.A.S. 24, p. 74.

¹²⁶ Escarra (manuel), p. 498, N° 867.

¹²⁷ Joffroy, p. 160.

¹²⁸ Joffroy, p. 160.

Nous avons déjà admis que l'incorporation des réserves au capital social n'entraîne aucune augmentation des engagements des actionnaires ¹²⁹. Nous ajoutons ici que cette non-aggravation de leurs engagements se produit dans le cas où les nouvelles actions sont entièrement libérées au moyen des réserves. En revanche, dans le cas où les actions nouvelles sont partiellement libérées par l'incorporation des réserves au capital ¹³⁰, les actionnaires doivent de nouveaux versements pour la libération intégrale de leurs actions nouvelles.

A notre avis, même dans ce dernier cas, il n'y a pas une aggravation des engagements des actionnaires et leur obligation de payer de nouveaux versements est atténuée par le fait que la majorité d'entre eux ont accepté au sein de l'assemblée générale de décider l'augmentation du capital social et que la minorité peut vendre quelques-unes de ses actions pour la libération intégrale du reste des actions nouvelles.

En ce qui concerne la reconstitution de la réserve légale, il est évident qu'elle n'entraîne pas une réduction ou suppression éventuelle de dividendes répartis entre les actionnaires, puisque cette reconstitution se produit graduellement selon le minimum exigé par la loi sur les bénéfices nets (voir art. 671 C.O.). Or, la société peut reconstituer sa réserve légale et répartir les dividendes entre ses actionnaires en même temps, mais il va sans dire que c'est la reconstitution des autres réserves statutaires, latentes et extraordinaires qui peut épuiser les bénéfices nets et interdire éventuellement la répartition des dividendes pour l'exercice suivant.

¹²⁹ Donc, cette opération n'a pas de conséquences juridiques directes sur les engagements des actionnaires, puisque ces engagements restent ce qu'ils étaient avant l'incorporation des réserves (et c'est l'opinion de la majorité des auteurs). Et comme l'a constaté Joffroy (p. 160), « la fraction d'actif qui doit leur revenir (aux actionnaires) au moment de la dissolution de la société, constituée d'un apport et d'une part des bénéfices capitalisés, qui ont subi une affectation spéciale dans le patrimoine commun, est, au demeurant, de même quotité que celle qui aurait été la leur s'il n'y avait pas eu d'incorporation des réserves ».

¹³⁰ Voir Siegwart, ad. art. 650, N° 4.

Troisième chapitre

LES RÉSERVES SUSCEPTIBLES D'INCORPORATION AU CAPITAL SOCIAL

Le but du présent chapitre n'est pas d'approfondir le sens du terme réserve, de comparer les réserves aux autres comptes du bilan tels l'amortissement et la provision¹ ou de marquer la frontière qui les sépare du capital social². Ce chapitre sera plutôt consacré à l'étude de l'incorporation des différentes sortes de réserves au capital social et il sera prouvé qu'une telle opération est juridiquement possible. En ce qui concerne la classification³ des différentes sortes de réserves, il est préférable d'adopter celle énoncée aux articles 671, 672 al. 2, 674 al. 2 et 663 al. 2 du Code des Obligations qui distingue — comme il en a été fait mention — quatre sortes de réserves. La possibilité d'incorporer les réserves statutaires, latentes, extraordinaires et légales au capital social sera donc étudiée séparément.

La position de la doctrine suisse à l'égard de l'incorporation des réserves au capital social est la suivante : elle admet que toutes les réserves, sauf la réserve légale, sont susceptibles d'être incorporées au capital social par une décision de l'assemblée générale. Malgré l'opinion dominante de la doctrine suisse face à ce problème, nous nous efforçons de démontrer que l'incorporation de la réserve légale au capital social est aussi possible dans certaines conditions, même si elle ne dépasse pas la moitié du capital social.

¹ Voir à ce sujet : P. Joffroy (des réserves et de leur incorporation au capital social dans les S. A.), thèse, Toulouse, p. 28 et suivante.

² Voir à ce sujet Jean Favre, Thèse, Fribourg, p. 1 et s. De même la majorité des ouvrages cités dans notre thèse mentionne la différence entre le capital et la réserve et nous en parlons implicitement et non pas spécialement.

³ Les auteurs suisses ont classifié les réserves de différentes manières. Voir à ce sujet : Folliet, p. 315 ; de Senarclens F.J.S. N° 951, p. 4 et (les réserves de S. A., p. 51) ; G. Capitaine (Qui peut disposer des réserves latentes et ouvertes d'une S.A. ou d'une société coopérative et dans quelles mesures Z.S.R. 1952, p. 73) ; E. Bossard (Die Reserven der AG im neuen OR), Diss. Bern 1940, p. 26 ; Kurt Kolb, p. 49 et ss.

§ 1. Les réserves statutaires⁴

La réserve statutaire, comme l'a définie Capitaine⁵, est « une réserve que les statuts ont la faculté de prescrire en fixant sa destination et son emploi ».

Selon l'article 672 C.O. les statuts peuvent prescrire que le fonds de réserve s'accroîtra de versements supérieurs au vingtième du bénéfice net et sera supérieur au cinquième légalement fixé du capital social versé. Les attributions à la réserve légale — statutaires ou facultatives — ne changent pas la nature de ce fonds de réserve. Mais les statuts peuvent aussi prescrire la création d'autres fonds et en déterminer la destination, (art. 672 al. 2 C.O.), par exemple des réserves au bénéfice du personnel, pour la stabilisation des dividendes, pour débiteurs douteux, pour la modernisation de l'outillage ou pour des pertes de change, pour l'augmentation future du capital par autofinancement⁶, etc. Les statuts peuvent prévoir toutes les réserves jugées nécessaires, le mode de dotation, le montant, l'affectation et l'emploi de ces réserves⁷. Ils peuvent prescrire des réserves sans affectation déterminée, des réserves générales que la société peut employer pour couvrir des pertes, assurer la protection du capital⁸ et même pour répartir des dividendes⁹. Ce sont là les plus fréquentes et les plus importantes¹⁰.

Si les réserves statutaires ont une destination spéciale, l'assemblée générale des actionnaires ne peut pas en disposer dans un autre but, sauf modification statutaire¹¹ et révision de l'affectation de ces réserves. Mais si ces réserves ont été prescrites par les statuts sans affectation spéciale, les statuts doivent désigner l'organe compétent pour en disposer. Ils peuvent donner à l'administration le droit absolu de disposer de cette réserve, faute de cette désignation, c'est l'assemblée générale en tant que pouvoir suprême de la société (art. 698 C.O.) qui a le pouvoir de décider l'utilisation de ces réserves¹². Il en découle que les

⁴ Les réserves statutaires sont appelées assez souvent « réserve supplémentaire », voir Hamel et Lagarde, p. 850, N° 724.

⁵ Capitaine, Z.S.R. 1942, p. 89, voir également Bürgi, ad. art. 672, Nos 1 et 55.

⁶ Voir Bürgi ad. art. 672, N° 9.

⁷ De Senarclens, p. 235.

⁸ Voir Bürgi, ad. art. 672, N° 17.

⁹ Voir Folliet, p. 377.

¹⁰ Voir Gaston Perrin, p. 25.

¹¹ Voir Folliet, p. 376, et Kurt Kolb, p. 61, voir également Bürgi, ad. art. 672, N° 16.

¹² G. Capitaine, Z.S.R. 1942, p. 89 ; T. Guhl, F.J.S. Nr. 397, p. 2, voir également Funk (Kommentar), ad. art. 672, N° 2. Voir également Bürgi (Kommentar), ad. art. 672, N° 7.

réserves statutaires générales ou spéciales peuvent être employées pour l'augmentation du capital par la libération de nouvelles actions à titre gratuit ou par l'augmentation de la valeur nominale des actions déjà émises. Mais les réserves statutaires dont l'affectation est spéciale ne peuvent être incorporées au capital — si elles ne sont pas destinées à ce but — qu'après modification préalable des statuts concernant la désaffectation de ces réserves et à la condition que le droit acquis des actionnaires ne soit pas atteint ¹³.

La modification des statuts portera alors sur la clause déterminante de l'emploi de cette réserve pour en faire une réserve générale à la libre disposition de l'assemblée générale des actionnaires. Le préposé au Registre du Commerce a le droit de refuser l'inscription de l'augmentation du capital social par transformation des réserves statutaires destinées à un autre but que celui-ci, il peut aussi demander la modification des clauses statutaires concernant la destination de ces réserves ¹⁴.

§ 2. *Les réserves extraordinaires*

L'article 674, al. 2, prévoit que, lors de la fixation du dividende, l'assemblée générale peut constituer des réserves dans la mesure où il est nécessaire d'assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise ou la répartition d'un dividende aussi constant que possible. Ces réserves créées par l'assemblée générale ne sont prévues ni par la loi, ni par les statuts ¹⁵. L'assemblée générale se contente d'opérer le prélèvement d'une somme déterminée sur le bénéfice net pour la constitution d'une réserve extraordinaire ¹⁶. Dans la décision de l'assemblée générale, il peut donc s'agir d'une réserve générale. De même, il peut s'agir d'une réserve spéciale, en constituant par exemple une réserve extraordinaire pour risque de change. L'assemblée générale peut aussi supprimer cette réserve ou modifier sa destination les années suivantes, à condition qu'elle respecte les dispositions de l'art. 674, al. 2, C.O.

Ce qui nous importe au sujet des réserves extraordinaires, c'est leur emploi. L'assemblée générale ordinaire peut-elle créer des réserves et

¹³ Voir à ce sujet Bürgi, ad. art. 672, N° 16 et ss.; Kurt Kolb, p. 61; Ernst Bossard, p. 157; de Senarclens, p. 377; Capitaine, Z.S.R. 1942, p. 90; Funk (Kommentar), ad. art. 672, N° 2; Schucany, ad. art. 672, N° 2. F. von Steiger, Z.G.H.K.R. 1955, tome 118, fascicule 4; Hans Buchler, p. 101 et p. 88; Amiaud, p. 153; Scherrer, p. 49 et suivante.

¹⁴ Voir Kurt Kolb, p. 61.

¹⁵ Voir Funk, ad. art. 674, N° 3; E. Bossard, p. 158; Schucany, ad. art. 674, N° 2.

¹⁶ Voir G. Capitaine, Z.J.R. 1942, p. 91. Voir également Kurt Kolb, p. 62.

les employer directement à la libération des actions gratuites ? Ce qui revient à dire : est-ce que la « mesure nécessaire pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise » contient aussi l'incorporation de ces réserves au capital social ?

De Senarclens¹⁷ et Capitaine¹⁸ ont contesté la possibilité de l'incorporation des réserves extraordinaires au capital social. D'autres auteurs suisses comme Schucany, Funk, Bürgi et Folliet ne se sont pas prononcés sur cette question. Von Steiger, dans une étude parue récemment¹⁹, sur l'augmentation du capital, admet cette possibilité. Mais, bien qu'il admette l'incorporation de la réserve extraordinaire au capital social, il est, paraît-il, de l'avis²⁰ qu'il s'agit dans ce cas d'une distribution des réserves et d'une augmentation de capital par la dite somme distribuée. Nous avons déjà exposé (voir p. 43) cette analyse juridique primitivement faite de l'opération et nous avons constaté que cette décomposition de l'opération en deux phases est aujourd'hui abandonnée.

Il nous reste à affirmer avec Kurt Kolb²¹ que seule l'assemblée générale ordinaire peut créer une réserve extraordinaire, selon l'art. 674, al. 2, C.O. et l'incorporer simultanément au capital social. Elle peut donc être créée expressément pour l'incorporation au capital social. Elle peut l'être également sans destination spéciale et, dans ce dernier cas, elle sera à la libre disposition de l'assemblée générale. Elle peut aussi être capitalisée.

L'émission des actions à titre gratuit peut avoir comme but d'assurer une distribution de dividende aussi constante que possible, de même elle peut remplir les conditions légales des mesures nécessaires pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise imposée par l'art 674, al. 2, C.O. Cet article, qui a élargi considérablement²² le pouvoir de l'assemblée générale accordé par l'A.C.O., dont l'art. 631, al. 2, a subi des modifications.

¹⁷ De Senarclens, p. 240.

¹⁸ Capitaine, Z.S.R. 1942, p. 92.

¹⁹ Von Steiger, « Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach Schweizerischer Doktrin und Praxis », Z.G.H.K.R. 1955, tome 118, fascicule 4, p. 169 et ss. ; S.A.S. 28, p. 37.

²⁰ Von Steiger souligne dans son étude, op. cit., p. 169, que « la doctrine suisse s'inspirait à l'origine des théories germaniques parce que notre ancien droit des S. A. était fortement imprégné des conceptions du code de commerce allemand ». Ajoutons ici que la doctrine allemande admet la décomposition de l'opération en deux temps (voir Staub. commentaire 12/13 éd., note 2, § 279). Cette théorie est d'origine française (voir Houpin, traité général 1895, N° 657, et journal des sociétés, 1901, p. 51 et suivante, voir également von Steiger, op. cit., p. 169).

²¹ Kurt Kolb, p. 63 et p. 66, voir également Wirz, p. 125.

²² Voir de Senarclens, p. 238.

Si on prend en considération l'intention du législateur suisse dans la constitution de ces réserves, on admettra incontestablement l'emploi de ces réserves extraordinaires dans l'augmentation de capital. Le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 21 février 1928 ²³, envisageant la justification des réserves extraordinaires, s'exprimait ainsi : « Dans la constitution de ses réserves, la société peut prendre en considération non seulement les risques immédiats, mais encore les perturbations susceptibles de découler de la situation économique ou politique en général, les conditions particulières de la concurrence. »

On peut toujours soutenir que la création de la réserve extraordinaire et son incorporation au capital sont nécessaires pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise. Il se peut que, dans une situation économique ou politique spéciale, la société se voie dans l'obligation d'augmenter son capital par l'autofinancement, pour qu'elle puisse vivre longtemps et pour qu'elle puisse distribuer des dividendes plus importants à l'avenir. Ajoutons aussi que le Tribunal fédéral ²⁴, sous l'empire de l'A.C.O., s'est prononcé dans le doute en faveur du pouvoir de disposition de l'assemblée générale des actionnaires dans la consolidation de l'entreprise contre la tendance des actionnaires à obtenir une répartition immédiate ²⁵.

L'assemblée générale a le droit inaliénable (art. 698, al. 2, C.O.) de déterminer l'emploi du bénéfice net et en particulier de fixer le dividende. Donc l'assemblée générale est libre soit de distribuer une telle somme comme dividende, soit de créer une réserve extraordinaire et de l'incorporer au capital social si elle l'estime nécessaire pour sa prospérité. Remarquons que la doctrine française admet l'incorporation des réserves extraordinaires au capital social ²⁶.

Mais nous nous demandons pourquoi la société procède à la création d'une réserve extraordinaire et l'incorpore directement au capital, étant donné qu'elle pouvait procéder à l'incorporation directe des bénéfices au capital social, opération tout à fait légale.

Peut-être la société veut-elle éviter cette dernière opération pour qu'elle ne soit pas obligée d'obtenir la voix de l'unanimité des action-

²³ Message du C.F. à l'A.F. du 21 février 1928, p. 35. Voir également de Senarclens, p. 239.

²⁴ A.T.F. 12, p. 364.

A.T.F. 28. II. 487, 29. II. 464. ss.

²⁵ A.T.F. 54. II. 275 ; J.T. 1928, p. 437 et suiv.

A.T.F. 53. II. 260 ; J.T. 1927, p. 604.

²⁶ Selon Moreau, p. 689, « toutes les réserves statutaires ou extraordinaires, obligatoires ou facultatives, générales ou spéciales, quelle que soit leur application, peuvent être employées pour une augmentation de capital ». Voir également Hamel et Lagarde, p. 851 et p. 849.

naires en incorporant leur bénéfice au capital, étant donné que le droit à une répartition du bénéfice est un droit inhérent à la qualité d'actionnaire (art. 689, al. 1, art. 660, al. 1, C.O.), tandis que l'actionnaire n'a pas un droit acquis sur le maintien des réserves. Donc, si la majorité absolue est suffisante pour l'incorporation des réserves qui sont la propriété exclusive de la société, d'après nous, il est justifié d'exiger l'unanimité des actionnaires pour l'incorporation des bénéfices qui ne sont pas la propriété exclusive de la société, à moins que celle-ci ne les transforme pas en réserves. Mais cette unanimité n'est pas nécessaire si l'actionnaire qui ne veut pas participer à l'incorporation des bénéfices au capital a le droit à sa part de bénéfice net, puisque les autres actionnaires ont le droit de convertir leurs bénéfices en actions à titre gratuit.

§ 3. *Les réserves latentes* ²⁷

A. — Généralités :

Ces réserves expressément mentionnées à l'art. 663 C.O. n'ont pas été définies par le code suisse ; le code de commerce allemand est resté également muet à ce sujet ²⁸.

Les réserves latentes sont « celles qui ne figurent pas au bilan dans un compte spécial » ²⁹. Elles constituent donc une augmentation du patrimoine social sans apparaître dans les différents comptes du bilan, elles ont la même origine que les réserves ouvertes et elles poursuivent un but analogue à ces dernières, mais elles ont une forme spéciale qui leur confère un caractère secret ³⁰.

Elles sont de deux aspects différents : les réserves dissimulées « dont l'existence ne ressort pas immédiatement d'un examen même attentif

²⁷ Elles sont très souvent appelées « réserves occultes ». Voir Copper Royer : *Traité des S. A.* 4^{me} édition, vol. II, p. 533, et Capitaine Z.S.R. 1942, p. 74. Elles s'appellent aussi « réserves cachées, tacites, internes ». Voir de Senarclens, p. 246. Ces dénominations sont très courantes en droit français. En droit allemand, ce sont des « stille, versteckte, verschleierte, latente, interne, innere, geheime Reserven oder Rücklagen ». Voir de Senarclens, p. 246.

²⁸ Voir Jean Favre, « La revalorisation des réserves latentes en droit suisse ». Thèse, Fribourg, 1952, p. 2 et ss.

²⁹ Voir de Senarclens, F.J.S. 951, p. 12.

³⁰ Voir Jean Favre, p. 3, et Amiaud, p. 284.

du bilan » ³¹ et les réserves cachées « dont l'existence ressort de l'examen du bilan, le montant de la réserve seul est inconnu » ³².

La question de la légalité de ces deux espèces de réserves latentes, qui autrefois a été fort discutée, ne se pose plus, puisque l'art. 663, al. 2, et 690, al. 3, C.O. admettent expressément les réserves latentes ³³.

Les réserves latentes sont constituées par l'administration de la société (art. 663, al. 2 C.O.), lors de l'établissement de l'inventaire et du bilan. L'administration à ce moment-là « et suivant les résultats de l'exercice qu'elle connaît déjà, décide de réduire dans ces documents ou d'y supprimer certains articles à l'actif, d'augmenter des comptes au passif, ou même d'en créer de fictifs. Le bilan ainsi proposé selon la volonté de l'administration est soumis pour approbation à l'assemblée générale. Celle-ci l'approuve ou le rejette en général en bloc ³⁴. »

La doctrine admet généralement ³⁵ que les réserves latentes (sous-évaluation du patrimoine) sont constituées de quatre façons différentes :

1. Sous-estimation exagérée des valeurs actives.
2. Suppression d'un compte actif.
3. Surestimation de passif.
4. Inscription au passif de comptes fictifs ou des dettes fictives.

Le premier procédé est indiscutablement licite et le plus courant. Le troisième procédé est aussi fréquent et licite que le premier et il concorde avec les dispositions du C.O. ³⁶. Les autres procédés sont discutés

³¹ Voir Folliet, p. 337, et selon Capitaine, op. cit. p. 75 », « l'administration a la possibilité de créer ou d'augmenter les réserves dissimulées de cinq façons différentes : en passant directement, en totalité ou en partie, les frais d'installations nouvelles dans le compte de frais généraux et de pertes et profits, au lieu d'en débiter le compte correspondant à l'actif du bilan, en exagérant les amortissements anormaux de certains articles à l'actif du bilan, en omettant totalement de faire figurer certains comptes ou dettes au bilan, en augmentant un compte ou une dette au passif des comptes ou des dettes tout à fait fictifs ».

³² « ainsi une société fait figurer à son actif :
immeubles Fr. 1.—.

Tout lecteur de ce bilan saura que ces immeubles ont une valeur supérieure à Fr. 1.— et qu'il y a dans ce compte une réserve. » Voir Folliet, p. 338. Voir également : Staehlin, « Die stillen Reserven bei der Schweiz. AG » dans S.A.S., vol. 1, p. 25 et ss., cité par Capitaine, op. cit., p. 74 ; Rosendorf, « Die stillen Reserven » S.A.S., vol. 6, p. 2 et ss. ; A. Janggen, « Die Reserven, insbesondere die stillen, der AG », dans S.J.Z. 25, p. 321 et ss., Capitaine, Z.S.R. 1942, p. 74 ; de Senarclens, F.J.S. N° 951, p. 12.

³³ Voir Capitaine, op. cit., p. 74.

³⁴ Voir Capitaine, op. cit., p. 76.

³⁵ Voir Jean Favre, p. 11. Voir également Wirz, p. 127.

³⁶ Voir Jean Favre, p. 13, et l'art. 959 C.O. ; voir également J. von Gierke (Handelsrecht und Schiffahrtsrecht), 7. Auflage, p. 351 ; J. Landeroin, p. 108.

au point de vue doctrinal³⁷ et autorisés implicitement par l'art. 663, al. 2³⁸. Or, en droit suisse, il n'y a pas une interdiction légale de procéder à ces trois dernières façons, mais au contraire, les possibilités offertes par l'art. 663 C.O. sont très vastes³⁹. Elles peuvent comprendre une fraction considérable du champ que les réserves latentes sont susceptibles de couvrir. Et selon Weidmann⁴⁰, « du point de vue fiscal, l'existence de réserves latentes est aussi admise. Selon les législations fiscales en vigueur, elles peuvent devenir intéressantes, car elles contribuent à abaisser le taux d'imposition lorsque celui-ci est déterminé par le rapport entre les fonds propres et les bénéfices. Dans ce cas, il faut s'assurer au préalable que ces réserves sont, du point de vue fiscal, admises comme élément de « capital ». Parfois l'accroissement de ces réserves latentes est aussi considéré comme « bénéfices », cela varie selon la pratique fiscale des divers cantons, qui est encore loin d'être unifiée. »

Nous ajoutons également que le Tribunal fédéral, dans un arrêt très récent⁴¹ sur la réserve latente, paraît admettre la création de cette réserve par l'inscription au passif de dettes fictives, bien qu'il souligne dans cet arrêt la controverse de doctrine suisse sur cette question et qu'il affirme qu'il n'est pas nécessaire de résoudre cette question en l'espèce.

Le législateur suisse part de l'idée que la situation réelle de la société peut être meilleure, mais pas moindre que celle représentée par le bilan ; c'est pour cela que le nouveau C.O. admet les réserves latentes après les expériences faites durant la guerre et la crise qui l'a suivie⁴².

Pour parer aux dangers des réserves latentes qui ne seraient connues que de l'administration, le législateur a chargé celle-ci de renseigner les contrôleurs sur la constitution et l'affectation de réserves latentes (art. 663, al. 3 C.O.). « Il faut donc que l'administration soit à même de le faire en tout temps. Or, si l'on n'institue pas un contrôle de ces

³⁷ Voir Bürgi (Kommentar), ad. art. 662—663, Nos 67 et 68 ; de Senarclens, p. 255 ; Hans Hellmüller (Die stillen Reserven der AG), diss. Berne, Constance, 1947, p. 41 ; Jean Favre, p. 12 ; Folliet, p. 342 ; Schucany, ad. art. 663, N° 2 ; Gaston Perrin, p. 26 ; Emile Giroud (Manuel de la revision des livres et du bilan en Suisse), Payot, Lausanne, 1945, p. 185 ; Weidmann et Donzallaz (Bilans, aspect juridique et comptable), Payot, Lausanne, 1945, p. 91. Voir également A.T.F. 19 mars 1956, 82, II, p. 220.

³⁸ Malgré qu'il paraît à première vue que ces deux autres procédés sont contraires à l'intégrité du bilan (art. 959 C.O.), voir Folliet, p. 342.

³⁹ Voir E. G. Snozzi (l'interprétation du bilan), Dunod, Paris, 1953, p. 236.

⁴⁰ P. 91, Weidmann et Donzallaz. Bilans, aspect juridique et comptable, Lausanne, Payot, 1945.

⁴¹ A.T.F. dans la cause M. et N. contre la S.A. X du 19 mars 1956, 82, II., p. 216, et spécialement p. 220.

⁴² Voir Weidmann et Donzallaz, p. 90.

réerves, l'administration en perdra vite la vue d'ensemble. C'est aussi l'avis de Gerwig et celui de Zimmermann-Locher qui préconisent la tenue d'un livre secret extra-comptable dans lequel seraient consignées les affectations et les utilisations de réserves latentes. » ⁴³

B. — Capitalisation des réserves latentes.

L'augmentation de capital social par l'incorporation des réserves latentes (ou la rectification des évaluations d'actif et de passif) est semblable à celle de l'incorporation des autres réserves, mais ces dernières réserves figurent au passif du bilan, tandis que, dans notre cas susmentionné, l'augmentation du capital fait apparaître des valeurs latentes de la société et les incorpore entièrement ou partiellement au capital ⁴⁴. Donc un résultat différent que celui de l'incorporation des réserves ouvertes au capital. L'incorporation des réserves latentes augmente l'actif net de la société du fait de l'apparition de ces réserves, tandis que la capitalisation des réserves ouvertes, simple opération comptable, ne change rien dans le total de l'actif ou du passif du bilan ⁴⁵.

Nous affirmons avec les auteurs français ⁴⁶ et la majorité des auteurs suisses ⁴⁷ que si les réserves latentes sont transformées en réserves apparentes, rien ne s'oppose à leur incorporation au capital social. Nous commentons la mesure nécessaire pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise ou la répartition d'un dividende aussi constant que possible imposé par l'art. 663, al. 2 C.O., de la même manière que dans le cas des réserves extraordinaires mentionnées à l'art. 674, al. 2 C.O. Nous parlons ici de la licéité d'une telle incorporation en droit suisse, et nous ne préconisons cette opération qu'après que toutes les précautions nécessaires lors de la réévaluation des éléments d'actifs et de passifs aient été prises. Si la sous-évaluation d'actif ne cause pas un préjudice aux créanciers de la société, la surévaluation d'actif, au contraire, peut aboutir à la fictivité du nou-

⁴³ Weidmann et Donzallaz, p. 92.

⁴⁴ Voir Urbains. J. Vaes, « la technique du financement des entreprises et spécialement des sociétés de capitaux », 3^{me} édition, Paris, 1956, p. 262.

⁴⁵ Jean Favre, p. 35.

⁴⁶ Voir Landeroin, p. 110 ; Vaes, p. 262 et 254 ; Hamel et Lagarde, p. 324 et ss ; Copper Royer, 3^{me} éd., tome 2, p. 609 ; André Moreau, tome 1, p. 689 ; G. Ripert, N° 1335.

⁴⁷ Voir Siegwart, ad. art. 650 N.S., K. Kolb, p. 53 ; Jean Favre, p. 33 et ss ; Hans Hellmüller (Die stillen Reserven der AG Nach Schw. OR), diss., Bern, 1947 p. 165 ; Gaston Perrin, p. 51 ; Harry Zimmermann, S.A.S., 1947, p. 202 ; F. von Steiger, Z.G.K.R., 1955, 118. Band, 4. Heft, p. 175 ; Funk, ad. art. 650, N° 1, p. 235, voir également S.A.S. 14, p. 202 et 30, p. 77 ; Wirz, p. 129 et ss.

veau capital. Aussi a-t-on toujours recommandé de ne procéder à l'augmentation du capital que lorsque les plus-values sont importantes et durables⁴⁸ et définitivement acquises à l'entreprise. Le Conseil d'administration ne doit pas considérer les réserves latentes comme un bénéfice incontestable et il ne doit pas disposer de ces réserves avec la même facilité que s'il s'agissait d'une réserve ordinaire⁴⁹.

D'autre part, l'administration doit prendre en considération les obstacles d'ordre fiscal, puisque la réévaluation des éléments d'actifs, qui ne doit pas dépasser — en Suisse — le prix de revient, augmente l'actif net de la fin d'exercice au cours duquel elle a été réalisée, et pour cette raison, il met à la charge de la société des impôts qui peuvent être lourds. Une gestion prudente doit prendre des mesures fiscales pour supprimer ou du moins atténuer les dangers de ces impôts⁵⁰.

Cependant, les réserves latentes constituées volontairement par un conseil d'administration soucieux de l'avenir de la société, par un amortissement exagéré⁵¹ ou sous-estimation des éléments actifs « le résultat obtenu est identique dans les deux cas : l'actif réel de la société est supérieur à son actif apparent »⁵², ces réserves peuvent être transformées en réserves apparentes — par la réévaluation du bilan — et on peut les incorporer au capital social, d'une part, si le souci de prévoyance qui a poussé l'administration à créer cette réserve a disparu, sa trésorerie étant bonne, d'autre part, si la valeur de la monnaie est changée (dépréciation ou dévaluation monétaire)⁵³ et si la situation

⁴⁸ Voir Landeroin, p. 110.

⁴⁹ Mais, selon Hamel et Lagarde, p. 324, N° 271, « ces réserves occultes sont dangereuses en ce que leur montant est inconnu, l'entrepreneur s'imagine bien souvent qu'elles représentent des chiffres très supérieurs à la réalité. Elles sont gênantes en ce qu'elles ne permettent pas à l'entreprise de faire apparaître aux tiers sa situation réelle, il est constant, dans une période de dévaluation monétaire, que l'entreprise se présente avec un capital minime et des réserves modestes n'inspirant aux tiers qu'une confiance limitée, alors que l'apparition des réserves occultes calmerait toutes les appréhensions de ceux qui consentent des crédits ».

⁵⁰ Hamel et Lagarde, p. 326.

⁵¹ Cet amortissement est un amortissement facultatif, il n'a rien à voir avec l'amortissement ordinaire qu'imposent les articles 664 et suivants C.O. Une société anonyme le fait, même en cas de pertes, à condition d'être bien administrée (voir G. Capitaine Z.B.J.V. 77. 1941, p. 49. Du droit de libre disposition des anciennes réserves d'une S.A. sous l'empire du C.O. révisé). La S.A. donc exagère dans la dépréciation de certains postes de son actif, elle amortit volontairement (comme le dit Capitaine, p. 61) au-delà de ce que la raison purement commerciale l'exige raisonnablement. « C'est une réserve par diminution de l'actif, pareil amortissement revient à mettre du bénéfice en réserve. » Voir : C.F.A. Calmès, « Administration financière des entreprises et des sociétés. » Payot, Paris, 2^{me} édition p. 234.

⁵² Landeroin, p. 108.

⁵³ Et comme l'a constaté Vaes, p. 262. « Beaucoup de sociétés françaises et belges, fondées avant 1914, ont publié après la guerre des bilans dont les différents postes étaient exprimés en valeurs différentes. L'immobilisé y figurait toujours pour

permet la rectification des éléments du bilan. D'ailleurs les réserves latentes faussent complètement le bilan, si elles continuent à exister d'une manière durable et si elles représentent une grande valeur cachée sans aucun but de prévoyance. Dans ce cas-là, il faut que le principe de l'exactitude du bilan l'emporte sur la règle de la continuité du bilan et les réserves occultes transformées en réserves apparentes⁵⁴ doivent être incorporées au capital social, si l'assemblée générale le juge nécessaire sur recommandation de l'administration créateur de ces réserves latentes.

Il va de soi qu'un conseil d'administration prudent, qui sent le besoin d'expansion de l'entreprise, va, après que la société se soit libérée de ses créanciers à long terme et de créanciers obligatoires ou banques, changer sa politique d'autofinancement masqué (par des réserves occultes) et pratiquer une politique d'autofinancement d'une manière visible sous la forme — employée le plus souvent — de l'augmentation de capital par incorporation des réserves ouvertes⁵⁵.

Pour éviter les inconvénients et le danger de l'abus de l'administration dans la constitution des réserves latentes et pour entamer les avantages d'augmentation du capital, l'assemblée générale va approuver la nouvelle politique de l'administration et transformer les réserves occultes en réserves apparentes pour les incorporer au capital social.

le montant d'avant-guerre, mais ce chiffre devait s'entendre en franc-or. D'autres postes tels les bénéfices étaient portés en compte en francs dépréciés tant que l'unité monétaire restait instable, il était impossible de rectifier ces évaluations, mais, après sa stabilisation, il devenait nécessaire pour arriver à des bilans exacts de ramener tous les postes du bilan à la valeur nouvelle du franc.

« Une situation comptable similaire s'est représentée après la guerre de 1940—1945. » Voir également note N°1, la même page et selon G. Ripert, N° 1335 : « La revision générale des postes du bilan — qui consiste à faire apparaître les réserves occultes — même si elle n'est pas obligatoire, mais elle est désirable pour la clarté et l'exactitude du bilan. Après la guerre de 1914, elle a été imposée en Allemagne, en Autriche, en Pologne, recommandée en Belgique et en France (circulaire du 25 janvier 1930). » Voir également Hamel et Lagarde, p. 324, N° 271.

⁵⁴ « L'office fédéral du registre du commerce s'est basé sur le fait que, aux termes de la loi, il n'existe que trois manières de libérer les actions, à savoir en espèces (ord. R.C., art. 79), par des apports en nature (ord. R.C., art. 81) et par des compensations avec des réserves sur la société (ord. R.C., art. 80) pour déclarer que les réserves latentes ne peuvent pas être transformées sans autre au capital, mais qu'elles doivent tout d'abord être dissoutes, puis versées dans un compte spécial de réserves ouvertes, lequel pourra enfin servir à libérer les actions (S.A.S. 1942, p. 202). Il y aura donc compensation entre la créance de la société contre le fonds de réserves qui doit servir à libérer les actions et la créance que présente le fonds de réserves contre la société. L'office fédéral du R.C. exige donc que l'opération ait lieu en deux phases bien distinctes. L'une tendant à revaloriser l'élément contenant la réserve cachée et l'autre consistant dans la création d'un poste spécial de réserves ouvertes, voir Jean Favre, p. 36. »

⁵⁵ Voir Gaston Perrin, pp. 42, 46 et suivantes.

Affirmons ici que l'assemblée générale en tant que pouvoir suprême de la société (art. 698 C.O.) a seule le droit inaliénable d'incorporer les réserves latentes au capital social après leur transformation en réserves apparentes ayant leurs chiffres exacts au passif du bilan.

L'administration a le droit de constituer ces réserves et de les employer pour couvrir les pertes ou répartir les dividendes constants avec l'approbation tacite de l'assemblée générale lors de la présentation du bilan et du compte de profits et pertes (art. 698, chiffre 3 C.O.). Sauf dispositions contraires des statuts ⁵⁶, l'administration n'a pas le droit de disposer de ces réserves si elle propose leur transformation en réserves apparentes, après qu'elle ait étudié la situation financière de la société et qu'elle ait jugé hors d'usage ces réserves latentes qui subsistent inutilement d'une manière durable ou que l'assemblée générale — en tant qu'elle n'est pas liée par les propositions de l'administration concernant le bilan ⁵⁷ — a contraint le conseil par un vote majoritaire à lui révéler la constitution et l'utilisation des réserves latentes et a jugé inutile la subsistance de ces réserves. Dans ce cas-là, elle peut révoquer les administrateurs (art. 705 C.O.) et en nommer d'autres pour réévaluer les éléments du bilan. Elle peut ainsi disposer librement de ces réserves après leur apparition au bilan et les répartir entre les actionnaires ou bien les incorporer au capital.

§ 4. *La réserve légale* ⁵⁸

Sous l'empire de l'ancien code des obligations, il n'y avait aucune obligation juridique de constituer des réserves et les sociétés anonymes jouissaient — à ce sujet — d'une grande liberté. La réserve légale n'existait pas et l'article 631, al. 1, de l'ancien Code des Obligations laissait aux statuts le soin de régler la question des réserves et à l'assemblée géné-

⁵⁶ Voir Kurt Kolb, p. 54.

⁵⁷ Voir de Senarclens, F.J.S., Nr. 951, p. 12, note 35. Il ajoute, à la p. 13 : « L'assemblée générale possède un droit de contrôle collectif qu'elle exerce, par le moyen de vote, sur la gestion de l'administration. Elle peut ainsi exiger des précisions sur l'évaluation des différents chapitres du bilan qui ne lui sont fournies que sur demande de la majorité » (art. 698, 731, al. 2, 697 C.O.).

⁵⁸ Selon K. Wieland, tome 2, p. 29, parlant de la réserve légale : « Eine Mittelstellung zwischen Reservefonds im engeren Sinn und dem Grundkapital nimmt der gesetzliche Reservefonds ein. » Et, selon Folliet, p. 316, « la loi exige que la société mette de côté une partie des bénéfices réalisés pendant les années de prospérité pour faire face aux années de misère. C'est donc ce principe de prévoyance qui, en définitive, justifie l'obligation légale. »

rale le droit de constituer des réserves en dehors des prélèvements statutaires (art. 631, al. 2 C.O.)⁵⁹.

Le nouveau Code des Obligations a imposé la constitution de cette réserve et il a régi son emploi⁶⁰. Ce n'est qu'après de longs et passionnés débats parlementaires, et après la présentation de plusieurs projets⁶¹, que l'accord est intervenu sur l'introduction de l'article 671, ceci pour donner satisfaction aux partisans de la création de fonds de crise, après que l'on ait renoncé de prévoir ce fonds spécial⁶².

Il convient de rappeler que pendant la rédaction du N.C.O., l'industrie suisse rencontrait de grandes difficultés, il s'agissait en effet des années troublées de 1930 à 1936. C'est pendant cette période qu'a été créée cette réserve légale qui remplit en même temps la fonction de renforcement du capital social et de fonds de crise⁶³.

A. — But de la réserve légale et sa capitalisation :

La question est de savoir si la réserve légale est créée pour le renforcement des moyens de production de la société et pour l'augmentation ou la régularisation des profits des actionnaires, ou bien si elle est créée pour augmenter la garantie des créanciers comme fonds de prévoyance destiné à parer aux éventualités futures, ou comme capital supplémentaire, selon l'expression de Paul Pic⁶⁴.

De Senarclens⁶⁵ conclut qu'elle tend incontestablement vers le dernier but, elle constitue selon lui « un prolongement du capital social ». Mais il faut bien comprendre qu'il ne faut pas appliquer le principe de

⁵⁹ Voir Kurt Kolb, p. 54 ; Folliet, p. 316 ; Jean Favre, p. 5 et suiv. ; de Senarclens, p. 126 ; Bürgi, ad. art. 671, N° 18 ; E. Bossard, p. 64 ; Wirz, p. 120.

⁶⁰ Voir de Senarclens, p. 125.

⁶¹ Le projet Hoffmann de 1923 à l'art. 688 a repris les propositions de Eugen Huber de 1919, de l'art. 722. Mais le projet du C.F. de 1928 de l'art. 672, basé sur les travaux de la commission d'experts de 1926, prévoit que le montant de fonds de réserve doit être calculé d'après le capital social versé déjà et non d'après le capital nominal. Le Conseil des Etats (Bull. Sten. C.E. 1931, p. 390) a introduit des remaniements à ce sujet. Quelques membres du Conseil national étaient pour l'adoption d'un fonds de crise pour les employés et les ouvriers (Bull. Sten. C.N., p. 295, 303, 844, 858, 1935, p. 170 et 363, 1936, p. 761), contre le chômage et ses conséquences. La chambre haute a remplacé le fonds de crise par le ch. 3 de l'art. 671 C.O. et par l'al. 3, phrase finale du même article C.O. (Bull. Sten. C.E., 1935, p. 92-96, 258-266, 1936, p. 77-82). Voir à ce sujet également de Senarclens, p. 127 et suiv.

⁶² Voir Bull. Sten. 1935 (C.E.), p. 92 et p. 258, 1936 (C.E.), p. 75 et p. 197, 1935 (C.N.), p. 170 et p. 363, 1936 (C.N.), p. 761.

Voir également A.T.F. 65, I, 149, et J.T. 1940, droit fédéral, p. 485.

⁶³ Voir de Senarclens, p. 127 ; Folliet, p. 316.

⁶⁴ Volume II, N° 1190.

⁶⁵ De Senarclens, p. 129. Voir également Amiaud, p. 331 et ss.

la fixité d'une façon aussi rigoureuse que celui de la fixité du capital social ⁶⁶. C'est l'avis également de Batardon ⁶⁷. Selon lui « la réserve légale supplée dans les sociétés anonymes à l'irresponsabilité personnelle des associés à l'égard des tiers ».

Selon la doctrine qui prévaut aujourd'hui, la réserve légale doit être considérée comme la garantie des créanciers sociaux ⁶⁸.

Cette réserve est créée fondamentalement pour couvrir les pertes ⁶⁹ et, comme le dit Folliet ⁷⁰, « dans l'intérêt des créanciers, pour assurer l'intégralité du capital, pour permettre de faire face aux frais indispensables et aux pertes subies ». Cette réserve légale est un second capital variable, comme le constate Folliet, elle ne s'augmentera que si la société réalise des bénéfices ⁷¹.

Tous les auteurs ⁷² sont d'accord pour admettre que la réserve légale, en tant que gage des créanciers, ne peut être répartie entre les actionnaires, ou servir à distribuer des dividendes pendant les années déficitaires. Elle ne peut être employée — selon le C.O. suisse — qu'à couvrir les pertes ou prendre des mesures permettant à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation définitive, d'éviter le chômage ou d'en atténuer les effets, tant que cette réserve ne dépasse pas la moitié du capital social (art. 671, al. 3 C.O.).

Bien que le législateur suisse régit à l'art. 671, al. 3 C.O., l'emploi de la réserve légale d'une manière assez vague et que les auteurs suisses commentent cet alinéa d'une manière stricte en interdisant définitivement l'incorporation de la réserve légale au capital, nous adoptons un avis contraire. Cet avis est inspiré par la possibilité théorique et technique de cette incorporation, par la possibilité juridique qui découle de l'art. 671, al. 3 C.O., par l'amélioration et la stabilité de la situation

⁶⁶ Rousseau, p. 58, 2^e volume.

⁶⁷ Batardon, « Traité pratique des sociétés commerciales », 10^{me} édition. Paris, 1950, Dunod, p. 656.

⁶⁸ Voir Rousseau, 2^{me} volume, N° 3369 ; Cordonnier J.D.S., 1943, p. 95 ; Moreau, p. 414 ; Paul Pic, 2^e volume, N° 1187 ; Hamel et Lagarde, N° 723 ; Batardon, p. 656 ; G. Ripert, N° 1340. Voir également de Senarclens, p. 185, et Amiaud, p. 331 et suiv.

⁶⁹ Voir Staub, 2^e volume, p. 412.

⁷⁰ Folliet, p. 371.

⁷¹ Voir Folliet, p. 366. Voir également Werner Schmid, « Das feste Grundkapital », p. 83 et suiv.

⁷² Voir Bürgi, ad. art. 671, N° 105 ; ad. art. 671, N° 11 ; Folliet, p. 371 ; Schucany ad. art. 671, N° 8 ; von Steiger (Prüfung und Eintragung), p. 32 et p. 69 ; Capitaine, Z.S.R. 1942, p. 88 ; Kurt Kolb, p. 54 et suiv. ; Bossard, p. 155 ; Copper Royer, 2^e volume, p. 158 ; R. Rousseau, 2^e volume, N° 3369 ; Paul Pic, N° 1190, 2^e volume, 2^{me} édition ; Escarra (manuel), N° 870 ; A. Moreau, p. 414.

économique de la Suisse⁷³ et enfin par l'opinion des praticiens suisses qui acceptent — vu le changement des circonstances et l'application stricte et étroite de l'alinéa 3 de l'art. 671 C.O. pendant 20 ans — d'introduire dans la pratique suisse la possibilité d'incorporer la réserve légale au capital social en interprétant cet alinéa 3 d'une manière large et en mettant ainsi le législateur dans l'obligation d'étudier de nouveau la rédaction de cet alinéa assez vague et mal appliquée.

Nous affirmons que le but de la réserve légale — en tant que gage des créanciers — ne subit aucun changement, si cette réserve est incorporée au capital social — en cas de non-subsistance d'une perte — par l'émission d'actions à titre gratuit ou par augmentation de la valeur nominale des actions déjà existantes. Nous affirmons même que le gage des créanciers sociaux se trouve consolidé aussi bien par l'incorporation des réserves libres au capital, que par l'incorporation de la réserve légale. Ce second capital variable sera un capital fixe et intangible, il donnera l'occasion à l'avenir de créer d'autres réserves encore plus étendues que les anciennes et plus favorables pour l'expansion de l'entreprise et pour la consolidation de sa situation financière. C'est par l'expansion bien dirigée et par une gestion vigilante et prudente que la société peut se maintenir en temps d'exploitation déficitaire et sauvegarder les intérêts de son personnel⁷⁴.

D'autre part, si la majorité des auteurs français contestent la répartition de la réserve légale aux actionnaires, ils admettent son incorporation au capital social⁷⁵ pour renforcer le gage des créanciers sociaux et consolider la situation financière de l'entreprise. On augmente ainsi le chiffre d'actif que les actionnaires s'engagent à laisser en permanence

⁷³ Nous avons déjà signalé (voir supra p. 89) que, pendant la rédaction du N.C.O., l'industrie suisse rencontrait des difficultés pendant la période troublée de 1930 à 1936. Le débat ardent devant la Chambre Haute et la controverse dans les projets présentés a amené le législateur à rédiger un alinéa médiateur assez vague. Aujourd'hui, et après 20 ans de l'entrée en vigueur du N.C.O., il y a lieu d'élargir l'interprétation de cet alinéa, étant donné que les circonstances ont changé et que la majorité des directeurs des S.A., des juristes et des hommes d'affaires que nous avons consultés ne voient aucun danger dans l'incorporation de la réserve légale au capital.

⁷⁴ Selon de Senarclens, p. 189, et dans ce sens aussi, l'Union de Banques Suisses, bulletin juillet 1943, p. 10, « les seules mesures que doit imposer une loi sur les S.A. pour faire participer ces entreprises à une action sociale sont celles qui concourent à leur prospérité. Les seules mesures qui, en matière de réserve légale, s'imposent à une société dans l'intérêt de son personnel sont des mesures de bonne et prudente gestion ».

⁷⁵ Voir Hamel et Lagarde, N° 723 et N° 747 ; Amiaud, p. 356 ; A. Moreau, p. 414 et p. 689 ; Ripert, N° 1344 ; Batardon, p. 365 ; Escarra (manuel), N° 870 ; Jacques Landeroin, p. 105 ; Paul Cordonnier (J. des S. 1943), p. 95 ; Henri Jatton, p. 109.

dans le bilan et on oblige celle-ci à reconstituer la réserve légale progressivement par prélèvement sur les bénéfices annuels.

Il ne s'agit donc pas ici d'une distribution des dividendes aux actionnaires, mais d'un simple jeu d'écriture comptable. Même si on admet la décomposition primitive de l'opération en deux phases, cette distribution imaginaire de la réserve légale est suivie immédiatement d'un reversement équivalent de la part des actionnaires. Mais nous avons déjà signalé (voir p. 43) que l'analyse primitivement faite de l'opération est aujourd'hui abandonnée. Dans la pratique, les choses se passent autrement et la capitalisation des réserves s'effectue par une simple opération de comptabilité, c'est-à-dire par incorporation directe. La validité d'une telle méthode n'est plus discutée aujourd'hui ⁷⁶. La réserve légale, comme toute autre réserve reste au passif du bilan, elle ne sort pas de la fortune sociale, le gage des créanciers dans ce cas ne se trouve pas amoindri, mais au contraire il se trouve consolidé et reste toujours consacré aux besoins de l'exploitation ⁷⁷.

*B. — La possibilité de cette conversion en droit suisse.
Notre opinion sur cette question.*

Comment peut-on justifier l'incorporation de la réserve légale au capital social en droit suisse ?

Le législateur, à l'art. 671, al. 3 C.O., fixe d'une manière obligatoire l'emploi de cette réserve et prévoit, lorsqu'elle ne dépasse pas la moitié du capital, qu'elle ne peut être employée qu'à couvrir des pertes ou prendre des mesures permettant à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation déficitaire, d'éviter le chômage ou d'en atténuer les conséquences ⁷⁸.

⁷⁶ Voir Escarra (manuel), N° 868.

⁷⁷ Voir L. Chalaron, p. 154.

⁷⁸ Les prescriptions du 2^e alinéa et du 3^e alinéa de l'art. 671 C.O. ne s'appliquent pas aux sociétés Holding (art. 671, al. 4) ; donc, les sociétés Holding sont tenues de constituer le fonds de réserve légale, mais elles peuvent disposer « à leur gré et sans aucune limite du fonds de réserve générale » (voir Guhl F.J.S. Nr. 397). Si les sociétés Holding disposent librement de leurs réserves légales, ce n'est qu'en ce qui concerne les mesures permettant à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation déficitaire, d'éviter le chômage ou d'en atténuer les conséquences, ces mesures, comme le dit Guhl (voir F.J.S., N° 397, p. 2) ne sont pas d'un grand intérêt pour les sociétés Holding. Il s'ensuit qu'elles sont tenues aussi bien que les autres sociétés anonymes d'utiliser la réserve légale pour couvrir les pertes (voir de Senarclens F.J.S., N° 951, p. 9). Cette exigence ne découle pas de la loi puisque la loi leur a donné la liberté illimitée d'employer la réserve légale comme bon leur semble (voir Capitaine : Les statuts des sociétés holding en Suisse, Basel, 1943, p. 113 a), mais

Or, la question se pose autrement en droit suisse qu'en droit français. Il n'y a aucune règle juridique sur l'emploi de la réserve légale en droit français⁷⁹, tandis que le C.O. suisse (art. 671, al. 3), de même que la loi allemande (Aktiengesetz 1937, § 130, al. 3) ont prévu expressément la destination de la réserve légale⁸⁰.

Mais malheureusement, le débat ardent du parlement suisse et la conciliation entre le socialisme et les autres tendances (voir supra, p. 77) ont fait naître cet alinéa 3 de l'article 671, si vague et prêtant à une large interprétation.

Si on interprète le texte de cet alinéa 3, article 671 C.O., d'une manière stricte, on peut bien comprendre que le but de la réserve légale en droit suisse vise aussi bien l'intérêt des créanciers (première phrase de cet alinéa 3) que la protection du personnel et des employés de la société (deuxième phrase du même alinéa).

Cette tendance du C.O. suisse est contraire à la doctrine moderne qui a prévalu ces dernières années sur le but et la destination de la réserve légale comme gage des créanciers. La doctrine moderne permet à l'assemblée générale de disposer de la réserve légale en tant que sa disposition n'affecte pas la sûreté de ce gage des créanciers sociaux.

évidemment, cette réserve doit être employée avec prudence de la part de l'administration et dans le cadre de la technique du financement de cette société holding.

Nous prétendons ici que les sociétés holding peuvent incorporer les réserves légales au capital social et cette possibilité manifeste expressément de l'art. 671, al. 4 C.O. Le registre de commerce fédéral admet également cette possibilité (voir von Steiger, Z.G.H.K.R., 1955, tome 118, fascicule 4, p. 175). Les sociétés d'assurances concessionnaires constituent leur fonds de réserve conformément au plan d'exploitation approuvé par le Conseil fédéral (art. 671, al. 6 C.O.). La majorité de ces sociétés sont astreintes à des conditions plus sévères que celles imposées par le C.O. en matière de réserves. Elles n'ont pas exactement des réserves légales, mais des réserves statutaires obligatoires (voir de Senarclens F.J.S., Nr. 951, p. 9).

Les banques constituent leur fonds de réserve conformément à l'art. 5 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934, leur fonds de réserve est destiné selon cet article à couvrir des pertes et à faire face à des amortissements. Or, l'emploi de la réserve légale selon cette loi est fixé à un certain but : couvrir des pertes et faire face à des amortissements. Il n'est pas possible de capitaliser cette réserve d'après cette loi. Cet art. 5 ne s'applique ni aux banques cantonales, ni aux banquiers privés qui ne font pas appel au public pour obtenir des dépôts de fonds.

En ce qui concerne les entreprises de transport concessionnaires, elles ne sont pas tenues de constituer un fonds de réserve, demeurent réservées les dispositions de droit public (art. 671, al. 5 C.O.), ces dispositions de droit public désignent, comme le dit de Senarclens (F.J.S., N° 951, p. 9), les lois spéciales et les concessions régissant les entreprises de transport.

⁷⁹ Voir G. Ripert, N° 1343. Voir également l'art. 36 du code de commerce français, loi du 24 juillet 1867, qui prévoit seulement les prélèvements annuels pour la réserve légale.

⁸⁰ Le § 130, al. 3, de la loi allemande sur la S.A. prévoit « Les réserves légales ne peuvent être utilisées que pour compenser les diminutions de valeur et couvrir les autres pertes... etc. »

Comme nous l'expliquerons plus tard, la société est tout à fait libre, selon l'art. 671, al. 3 C.O., de procéder à de telles mesures ou de les éviter et il n'y a aucune règle impérative qui oblige la société anonyme à utiliser la réserve légale dans l'intérêt de son personnel, d'éviter le chômage de ses ouvriers et employés ou d'en atténuer les conséquences. Or, la dernière phrase de cet al. 3 est considérée comme une lettre morte.

Ce n'est pas dans le champ de la réserve légale qu'il faut chercher à constituer le progrès social et ce n'est pas dans le C.O. qu'il faut réglementer l'amélioration du sort des travailleurs ; mais c'est dans le code du travail ⁸¹ et dans la constitution de l'Etat qu'on cherche aujourd'hui à protéger les ouvriers.

Ces mesures mentionnées à la deuxième phrase de l'alinéa 3 visent les travailleurs et, comme le dit de Senarclens ⁸², ce sont des mesures purement platoniques dont l'effet peut être considéré comme à peu près nul. Aussi, au point de vue juridique, ces mesures sont critiquables, « car, d'une part, elles altèrent le caractère spécifique de la réserve légale, à savoir sa qualité de supplément du capital-actions, en l'affectant à des tâches sociales et, d'autre part, elle ne permet pas, dans la majorité des cas, de déroger à l'affectation générale de la réserve légale. Comme le fait remarquer le rapporteur du Conseil des Etats ⁸³, les mesures sociales se traduisent par une diminution du solde actif ou une augmentation du solde passif du compte de pertes et profits, et grèvent presque nécessairement un jour ou l'autre la réserve légale, sans qu'il soit nécessaire de l'affecter à un autre usage qu'à la couverture des pertes bilanciaires. » ⁸⁴

Ajoutons également que, dans la majorité des cas, une entreprise ne peut être considérée dans un cas d'exploitation déficitaire sans qu'elle travaille à perte. Or, comment une entreprise peut-elle continuer son activité sans couvrir ses pertes par la réserve légale qui est affectée fondamentalement pour couvrir celles-ci dans le bilan ? L'entreprise ne peut pas éviter le chômage ou en atténuer les conséquences sans qu'elle puisse poursuivre son activité et elle ne peut pas atteindre ce but sans combler d'abord les pertes, soit par la réserve légale, soit par d'autres réserves.

⁸¹ Voir de Senarclens, p. 188.

⁸² De Senarclens, p. 188. Selon lui, « à l'égard des travailleurs elle représente une mesure purement platonique qui, certes, peut encourager certaines entreprises à adopter une attitude sociale, et permettre à celles qui sont naturellement bien intentionnées d'agir selon leurs impulsions, mais qui laisse chaque société libre d'affecter ou non sa réserve à une tâche sociale et dont l'effet peut être considéré par conséquent comme à peu près nul ».

⁸³ Il parle de Keller (voir Bull. Stén. C.E. 1936, p. 78).

⁸⁴ Voir de Senarclens, p. 188.

Mais la réserve légale peut être employée à éviter le chômage des ouvriers, même dans le cas où la société est dans une situation prospère. Dans certains cas où la société est obligée de réduire par exemple sa production, elle peut « utiliser sa réserve légale à créer des occasions de travail en élargissant son champ d'activité » ⁸⁵.

Nous ne nions pas la possibilité d'employer la réserve légale dans le domaine social, mais nous croyons qu'une société capitaliste ne procède pas volontairement à l'amélioration du sort de ses ouvriers, qu'après avoir pris toutes les mesures qui concourent à sa prospérité et à son expansion. Or, il est logiquement incroyable qu'une telle société de capitaux, lorsqu'elle est dans une situation déficitaire, prendra des mesures pour éviter le chômage ou pour en atténuer les conséquences de sa propre volonté et pour l'amour de ses ouvriers, sans aucune obligation juridique. Dans un pareil cas, elle procède premièrement à couvrir les pertes bilanciaires pour qu'elle puisse se maintenir pendant le temps précaire de son exploitation.

Arrivant à ces résultats, nous concluons :

1. Que la réserve légale est créée fondamentalement pour couvrir les pertes et protéger ainsi les intérêts des créanciers sociaux. Elle assure la vitalité de l'entreprise comme un capital supplémentaire. Elle n'est donc pas créée principalement pour améliorer le sort des travailleurs dans les sociétés anonymes.

2. Que le rôle de l'art. 671, al. 3, deuxième phrase C.O., qui voulait servir la cause des employés de la S.A., est presque effacé et son effet à peu près nul. C'est une lettre morte, puisque les sociétés anonymes sont libres de procéder à ces mesures ou de les écarter.

3. Que, par la prospérité de la S.A., dirigée par une gestion prudente, et par le renforcement de son capital, on peut arriver à assurer la sécurité du personnel et à améliorer le sort des travailleurs de la société. Pour tirer profit en faveur de ces travailleurs, il faut assurer premièrement la sécurité de ces sociétés capitalistes, car ces sociétés sont libres de procéder aux mesures mentionnées à l'al. 3 ou de les écarter. Or, elles assurent en premier lieu la sécurité de leur exploitation et la consolidation de leur situation financière, de même que son expansion, et elles assurent en deuxième lieu les intérêts des ouvriers en tant que cela est nécessaire pour la continuité et la réussite de l'exploitation.

⁸⁵ De Senarclens, p. 188.

4. Qu'on peut se demander s'il s'agit vraiment — dans l'incorporation de la réserve légale — d'un emploi de cette réserve ou bien d'une simple capitalisation et blocage.

Le chiffre total du passif reste le même après comme avant l'opération, tandis que, si la société couvre sa perte au moyen de sa réserve légale, le chiffre total du passif se trouve amoindri après cet emploi de la réserve légale et son épuisement totalement ou partiellement. Nous pouvons écarter ainsi l'application de l'art. 671, al. 3 C.O., concernant l'emploi de la réserve légale.

5. Même si on admet qu'il s'agit, dans l'incorporation de la réserve légale au capital social, d'un emploi de cette réserve, nous pouvons commenter la deuxième phrase de l'art. 671, al. 3 C.O., d'une manière large qui permet de considérer l'incorporation de la réserve légale au capital parmi les mesures mentionnées à cet alinéa. En effet, ces mesures sont illimitées, vagues et susceptibles d'une large interprétation et nous n'hésitons pas à conclure qu'on peut toujours dire que cette incorporation de la réserve légale au capital est parmi ces mesures protectrices ayant pour but le maintien de l'entreprise et la sécurité de son exploitation. On aboutit ainsi au renforcement du capital, à la prospérité de la société et à la sécurité de son exploitation, qui peut concourir indirectement — et si la société capitaliste le veut — à éviter le chômage ou à en atténuer les conséquences dans l'avenir de l'entreprise.

6. L'opinion que nous avons adoptée — vu nos exposés ci-dessus et nos justifications ci-après — est la suivante :

Rien ne s'oppose à la capitalisation de la réserve légale, puisque, par ce blocage, la société aboutit à la consolidation du gage des créanciers sociaux, et elle concourt indirectement à la sécurité de son personnel en favorisant sa prospérité et son expansion.

Cette opération ne doit être effectuée — selon nous — que dans les quatre conditions suivantes :

- a) Dans le cas où il n'y a pas de pertes bilancières ou après leur disparition du bilan.
- b) Lorsqu'une prudente administration la propose après qu'elle ait étudié la situation au point de vue de la technique du financement de la société. Ces conditions s'appliquent également à l'incorporation des autres réserves au capital social.
- c) Lorsque les autres réserves — si elles sont à la libre disposition de l'assemblée générale — ont été épuisées.

- d) Cette incorporation de la réserve légale au capital doit être réalisée par conversion directe de cette réserve en capital et non pas par une conversion indirecte (voir deuxième chapitre), puisque la réserve légale n'est pas susceptible d'une répartition aux actionnaires comme dividendes.

C. — *Justification de notre opinion :*

Les auteurs suisses (von Steiger, Scherrer, de Senarclens, Kurt Kolb, Bossard E., Capitaine, Bürgi, Funk, Schucany et Staehelin)⁸⁶ ont contesté, expressément ou implicitement⁸⁷, la légalité de l'incorporation de la réserve légale au capital social en tant que cette réserve ne dépasse pas la moitié du capital social. Harry Zimmermann,⁸⁸ au contraire, admet cette possibilité du moins au point de vue théorique. Pour la somme supérieure à ce minimum légal, la société a la libre disposition, puisque la loi n'a pas réglé son emploi et a laissé la liberté aux sociétés de l'employer comme elles le jugent préférable⁸⁹.

Le Tribunal Fédéral, dans son arrêt du 20 septembre 1939 dans la cause « Société électrique du Châtelard près Vallorbe S.A. » contre « Office Fédéral du Registre du Commerce », a refusé d'admettre la possibilité de l'incorporation de la réserve légale au capital social selon le N.C.O.⁹⁰.

⁸⁶ Von Steiger : Z.G.H.K.R., 1955, 118. Band, 4. Heft, p. 175 (Prüfung und Eintragung), p. 32, 69. Voir également S.A.S. 26/118.

Scherrer : Festgabe 1945, p. 49.

De Senarclens : Les réserves dans les S.A., p. 75, 81, 95, 195.

Kurt Kolb : Die Gratisaktie, p. 54 et suivante.

Bossard : Die Reserven des A.G. im N.O.R., p. 155.

Capitaine : Z.S.R., p. 88, vol. 61/1942.

Bürgi : Kommentar, ad., art. 671, N° 85 et suivant.

Funk : Kommentar, 2. Band, ad., art. 671, N° 11.

Schucany : Kommentar, ad., art. 671, N° 8.

Staehelin : Z.S.R. 58/1939, p. 168 a.

⁸⁷ Des auteurs comme de Senarclens, Kurt Kolb, Scherrer et von Steiger ont refusé expressément la conversion de la réserve légale en capital en considérant cette opération comme contraire à l'art. 671, al. 3 C.O. D'autres auteurs, comme Funk et Schucany, ont commenté l'art. 671, al. 3 C.O., d'une manière stricte, d'où découle implicitement qu'ils contestent la légalité d'une telle conversion.

⁸⁸ Voir S.A.S., 19, p. 199 et ss.

⁸⁹ Voir Folliet, p. 367.

⁹⁰ Voir A.T.F. 65, 1, p. 152 et suivante. Dans cet arrêt, le T.F. déclare : « L'autorité administrative refuse d'inscrire la modification statutaire projetée dans la mesure où la recourante veut augmenter son capital social en émettant des actions gratuites libérées par des prélèvements sur ces réserves. Ce refus ne se justifierait que dans le cas où la modification litigieuse serait contraire à la loi (art. 940 C.O. 1937 ; cf. art. 44, O.R.C. 1890). De ce fait, elle ne serait pas contraire au C.O. ancien qui ne prévoyait pas la constitution de réserves, mais bien au C.O. 1937. En effet, le nouvel

Il s'agissait dans cet arrêt d'affirmer le droit de libre disposition des anciennes réserves d'une S.A. sous l'empire du N.C.O.⁹¹ pendant la période de transition. Mais le Tribunal fédéral a donné son opinion sur la possibilité d'incorporer la réserve légale au capital selon le nouveau C.O., bien que la doctrine suisse n'ait pas étudié à fond cette question brièvement abordée par le Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral — dans cette cause — s'est contenté simplement de mettre l'augmentation du capital en dehors de l'application de l'art. 671, al. 3 C.O. Donc selon lui l'augmentation de capital ne fait pas partie de ces mesures mentionnées à l'al. 3. Le Tribunal fédéral n'a pas interprété les raisons de ce refus, il n'a même pas commenté les mesures permettant à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation déficitaire mentionnés à l'al. 3, en laissant ainsi la doctrine dans l'obscurité de cet al. 3 vaguement interprété par le Tribunal fédéral et en lui donnant l'obligation — dès l'entrée en vigueur du N.C.O. — de suivre cette attitude.

Le T.F. a condamné dans cette cause la possibilité d'un développement doctrinal sur ce sujet.

Mais la tendance de la doctrine suisse inspirée par l'attitude du Tribunal fédéral ne nous empêche pas de chercher une autre solution à ce problème, surtout après le délai relativement long qui s'est écoulé depuis l'entrée en vigueur du N.C.O., période pendant laquelle les S.A. se sont vues contraintes de laisser subsister leurs réserves légales même à l'époque où il n'y avait pas de pertes bilanciaires et où elles jugeaient nécessaire et logique leur incorporation au capital pour consolider leur situation financière et renforcer le gage des créanciers pour lesquels la réserve légale a été constituée. Les circonstances qui ont poussé le législateur suisse à introduire l'al. 3, deuxième phrase, ont changé, étant donné l'amélioration et la stabilité apportée à la situation économique de la Suisse. Ajoutons aussi qu'au point de vue technique, cette opération est recommandable dans certaines circonstances, puisqu'elle renforce le gage des créanciers. Le législateur n'a pas voulu d'un autre but lorsqu'il a obligé les S.A. à créer ce fonds de réserve.

article 671, al. 2 et 2, oblige la société anonyme à créer un fonds de réserves et l'alinéa 3 du même article ne permet à l'assemblée générale de disposer librement de ce fonds — excepté certains cas spéciaux — que s'il excède la moitié du capital social. » Voir également Harry Zimmermann, S.A.S. 19, p. 198, note 24. Voir également les discussions apportées sur cet arrêt aux « Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1940 ». Z.S.R. 1940, p. 260 a et p. 277 a.

⁹¹ Voir « Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1940 ». Z.S.R. 1940, p. 259 a. Voir spécialement le discours de G. Capitaine, p. 247 a.

C'est pour cette raison que la doctrine française, la plus moderne sur cette question, admet incontestablement la possibilité de cette opération (voir *supra*, p. 79) ⁹².

Nous avons cherché d'autres interprétations de l'al. 3 pour aboutir à la capitalisation de la réserve légale, opération techniquement, logiquement et juridiquement acceptable :

1. L'art. 671, al. 3, prévoit « En tant que le fonds de réserve ne dépasse pas la moitié du capital social, il ne peut être employé qu'à couvrir des pertes ou... etc... ».

S'agit-il vraiment dans l'incorporation de la réserve légale au capital d'un emploi de cette réserve ? ou bien d'une simple capitalisation et blocage ?

L'alinéa 3 ci-dessus délimite l'emploi de la réserve légale dans la couverture des pertes bilancières et dans la prise des mesures permettant à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation déficitaire et d'éviter le chômage ou d'en atténuer les conséquences.

Si nous admettons que cette capitalisation de la réserve légale n'est pas un emploi, nous mettons ainsi cette opération en dehors de l'application de l'art. 671, al. 3. Or, cet alinéa n'est pas applicable et on peut procéder librement à l'incorporation de cette réserve au capital social.

Il ne s'agit pas d'un emploi de la réserve légale, car dans les deux cas mentionnés à l'alinéa 3, sur l'emploi de cette réserve, toute ou partie de la réserve légale disparaît du passif pour combler les pertes ou prendre les mesures spéciales, tandis que dans l'incorporation de la réserve légale au capital, elle ne sort pas du passif de bilan, puisqu'on transcrit le capital social comme les réserves au passif du bilan. Or, le chiffre total du passif reste le même avant comme après l'opération.

2. Et même si nous admettons qu'il s'agit dans la capitalisation de la réserve légale d'un emploi de cette réserve et qu'il faille donc appliquer l'alinéa 3, quelles sont les mesures qui permettent à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation déficitaire ?

Ces mesures citées par l'alinéa 3 sont illimitées, vagues et susceptibles d'une large interprétation ⁹³ et nous n'hésitons pas à conclure que l'on peut toujours admettre telle ou telle opération et même l'incorporation

⁹² Signalons ici que beaucoup de juristes et d'hommes d'affaires suisses avec lesquels nous avons eu des discussions sont partisans de notre opinion sur l'incorporation de la réserve légale au capital et ils ne voient aucun danger au point de vue technique de procéder à cette opération, mais ils craignent un refus du R.C.

⁹³ Voir Harry Zimmermann, S.A.S. 19, p. 169.

de cette réserve au capital parmi ces mesures protectrices pour le maintien de l'entreprise et pour la sécurité de son exploitation.

Nous avons déjà signalé que le but principal de la réserve légale est de protéger les créanciers sociaux, et qu'en cas de non-subsistance des pertes au bilan, ou après leur disparition du bilan, il n'y a pas de sanction juridique contre les S.A. qui n'emploient pas leur réserve légale dans les mesures qui permettent à l'entreprise de se maintenir en temps d'exploitation déficitaire, etc... puisque les S.A. sont libres d'y procéder ou de garder leur réserve légale au bilan. D'autre part, même s'il y avait une sanction juridique, la S.A., en période d'exploitation déficitaire, dans la majorité des cas, travaille à perte (voir *supra*, p. 82). Or, comment une société peut-elle continuer son activité sans combler ses pertes par la réserve légale ou les autres réserves qui sont affectées fondamentalement à ce but. Dans ce cas aussi, la société ne peut pas éviter le chômage ou en atténuer les conséquences puisqu'elle consacre avant tout sa réserve légale à couvrir les pertes bilanciaires.

La société ne peut pas laisser subsister sa perte dans le bilan pour une durée indéterminée, il faut la combler par la réserve légale, mais si la société se trouve dans une situation prospère et qu'un conseil d'administration prudent attache un intérêt social aussi bien pour l'exploitation de la société que pour l'avenir de son personnel, il n'y a dans ce cas-là aucune objection à la capitalisation de la réserve légale. Peut-être que l'administration, après son étude faite sur les circonstances qui entourent la société et sur la situation économique et politique, craint dans l'avenir un échec de l'exploitation de la société, sans l'augmentation du capital par les moyens propres de la société.

Nous affirmons avec Harry Zimmermann⁹⁴ — qui admet l'incorporation de la réserve légale au capital social contrairement à tous les auteurs suisses — que si la société peut couvrir la perte par sa réserve légale pour la protection des créanciers, elle peut aussi incorporer cette réserve au capital, puisque cette dernière opération protège mieux les intérêts des créanciers actuels et futurs de la société que de conserver la réserve légale pour la converture des pertes futures.

En effet, dans l'incorporation de sa réserve légale, la société renforce le gage de ses créanciers — en bloquant cette réserve — beaucoup plus que dans la couverture de ses pertes et elle est libre de protéger ainsi ses créanciers et consolider son crédit. Zimmermann souligne que

⁹⁴ « Die zweifelhafte Bindung des gesetzlichen Reservefonds » (art. 671, Abs. 3 OR, S.A.S. 19, p. 165 et p. 197. Voir spécialement p. 199 et p. 200. Voir également Bürgi, ad. art. 672, N° 10.

la formation ou la liaison d'un nouveau capital augmenté est au moins aussi forte que la réserve légale, cette nouvelle formation constitue — pour les intéressés — un « majus » et il y a lieu ici d'appliquer la règle juridique « das majus das minus in sich schliesst ».

La conversion directe de la réserve légale en capital accroît la garantie⁹⁵ des créanciers sociaux et c'est par l'élévation du capital social et par l'obligation de constituer une nouvelle réserve légale par prélèvement sur les futurs bénéfices jusqu'à ce que ce fonds atteigne un cinquième du nouveau capital social déjà versé (art. 671, al. 1 C.O.), que la nouvelle réserve peut ainsi devenir supérieure à l'ancienne. Donc, la société peut immobiliser dans son patrimoine une part de son actif qui corresponde à la surélévation du capital comme une garantie du nouveau capital social⁹⁶.

C'est vrai, la réserve légale a bien pour objet l'assurance du renforcement de capital comme une garantie contre une perte éventuelle, mais affirmons avec Amiaud⁹⁷ que ce renforcement ne disparaît aucunement par le fait que ce fonds de réserve est incorporé au capital et les créanciers trouvent dans ce dernier — comme un seul compte — ce qui se présentait autrefois pour eux dans les deux comptes séparés. Le résultat final — après la fondation de la nouvelle réserve légale — sera l'augmentation des garanties offertes aux créanciers.

Les créanciers sociaux préfèrent immobiliser cette partie de la réserve légale par son incorporation au capital et consolider leur gage social que de l'employer à couvrir les pertes prochaines. Une fois qu'elle est incorporée au capital, l'opération qui consiste à réduire ce dernier est entourée d'une procédure très longue (art. 732 à 735 C.O.) qui assure fortement les intérêts des créanciers. Les créanciers dans le cas de la capitalisation de la réserve légale sont les principaux bénéficiaires de l'opération même si ce résultat n'a pas été cherché par la société⁹⁸.

Les actionnaires minoritaires n'ont pas à opposer une décision majoritaire portant augmentation du capital par conversion directe de la réserve légale, soit par la remise des nouveaux titres, soit par une élévation de la valeur nominale de leurs actions. C'est vrai, cette opération ne met dans leurs mains aucune disponibilité, mais cet inconvénient est très atténué par le fait que les titres se négocient à la bourse.

⁹⁵ Voir Amiaud, p. 353.

⁹⁶ Voir Cordonnier, « Journal des Sociétés civiles et commerciales 1943 », p. 95 et suivante.

⁹⁷ P. 355.

⁹⁸ Chalaron, p. 170. Voir également Amiaud, N° 222.

Les actionnaires peuvent toujours vendre soit les actions nouvelles, soit quelques-unes des actions au nominal surélevé⁹⁹.

Notons ici que les actionnaires n'ont pas un droit acquis sur une répartition en argent de réserves, puisqu'elles n'ont pas le caractère de dividende, et l'actionnaire n'a aucun droit de propriété sur les réserves et que celles-ci comme l'actif social restent à la disposition de la société¹⁰⁰. Mais si l'assemblée générale souveraine utilise la réserve légale dans l'intérêt social, dans ce cas-là, et comme l'admettent les auteurs¹⁰¹, il n'y a pas une aggravation des engagements des actionnaires¹⁰². Cette opération, si elle ne comporte pas une augmentation directe de l'actif social, ne porte aucune réduction à cet actif, mais au contraire entraîne son amélioration future vu que la réserve légale doit se reconstituer en proportion du nouveau capital social.

Or, les actionnaires préfèrent avoir des actions nouvelles par la conversion directe¹⁰³ de la réserve légale au capital social et la disponibilité éventuelle de ces actions par leur vente, que de laisser la réserve légale intangible sans possibilité de répartition.

Rappelons ici que si l'incorporation de la réserve légale au capital social dans les conditions que nous avons exigées est faite dans l'intérêt social, sous la recommandation d'une administration prudente, elle aboutit incontestablement à l'amélioration du sort de son personnel — si la société le veut — par suite de la consolidation du capital et l'expansion future de l'entreprise. Il s'ensuit que cette opération n'entraîne aucune contradiction avec l'art. 671, al. 3, dernière phrase C.O., mais au contraire elle aboutit indirectement à l'application exacte de cette dernière phrase ; de même la société peut procéder à la capitalisa-

⁹⁹ Cordonnier, p. 94 et suivante.

¹⁰⁰ Voir Deslandes, « Les augmentations du capital dans les S.A. depuis 1914 ». Thèse, Paris, 1924, p. 243.

¹⁰¹ Voir Chalaron, p. 166 et p. 144, Deslandes, p. 244, Maureau, p. 685, Cordonnier, p. 96, Amiaud, p. 355. Selon Amiaud « sans doute les actionnaires devront supporter par la suite quelques sacrifices supplémentaires par le seul fait de l'existence d'un capital plus élevé. Nous visons ici les abandons de dividende que devront faire les actionnaires non seulement pour constituer à nouveau un fonds de réserve, mais peut-être pour assurer ultérieurement, après des pertes subies, la reconstitution d'un capital social plus élevé ; mais ces sacrifices ne peuvent en aucun cas être considérés comme constituant une augmentation des engagements des actionnaires. »

¹⁰² La Cour de Cassation de France a déclaré, dans un arrêt du 9 février 1937 (voir Journal des Sociétés 1937, p. 266), que l'augmentation d'engagements consistait uniquement en une aggravation de la dette contractée par l'actionnaire, ce qui n'est pas le cas dans l'incorporation des réserves au capital social.

¹⁰³ Etant donné qu'il est inadmissible de répartir la réserve légale aux actionnaires (voir Amiaud, p. 353), nous avons contesté la possibilité de la conversion indirecte de la réserve légale au capital social. Seule la conversion directe de la réserve légale au capital est licite à notre avis.

tion de la réserve légale en tant que mesure permettant à l'entreprise de se maintenir comme nous l'avons déjà signalé. Les créanciers en tirent des avantages. Les actionnaires l'admettent par une décision majoritaire au sein de l'assemblée générale et la société la propose dans l'intérêt social, il n'est donc pas question de la licéité de cette opération et à notre avis elle n'est pas du tout contraire à la loi, mais il faut chercher le but de l'alinéa 3 et commenter cet alinéa d'une manière assez large pour arriver à ce but.

Il vaut mieux accepter cette opération qu'obliger les sociétés — qui se voient empêchées de procéder à la capitalisation de la réserve légale — à procéder à des opérations très longues et compliquées. La société peut réduire son capital et en même temps le montant de la réserve légale ¹⁰⁴, elle répartit le montant supérieur au minimum légal selon le nouveau capital réduit, elle augmente de nouveau le capital social par compensation avec toute la somme distribuée aux actionnaires et elle arrive ainsi à incorporer la réserve légale au capital.

Nous expliquons cette démarche par l'exemple schématique suivant :

<i>Actif</i>		<i>Passif</i>	
Actif	1 500 000.—	Capital	1 000 000.—
		Réserve légale	500 000.—
	1 500 000.—		1 500 000.—

La société décide de réduire son capital social et sa réserve légale en même temps de la façon suivante :

<i>Actif</i>		<i>Passif</i>	
Actif	75 000.—	Capital	50 000.—
		Réserve légale	25 000.—
	75 000.—		75 000.—

Après la répartition de la somme de Fr. 1 425 000.— entre les

¹⁰⁴ Folliet voit que la réduction de la réserve légale doit être faite simultanément avec la décision de réduction du capital social pour que la société puisse disposer librement du montant supérieur au minimum légal. Voir p. 348.

actionnaire, opération tout à fait licite ¹⁰⁵, la société décide de porter son capital à Fr. 1 475 000.— souscrit par les mêmes actionnaires et par compensation avec la somme qui a été distribuée :

<i>Actif</i>		<i>Passif</i>	
Actif	1 500 000.—	Capital	1 475 000.—
		Réserve légale	25 000.—
	1 500 000.—		1 500 000.—

La société est arrivée ainsi à capitaliser la réserve légale après une procédure très longue et compliquée au point de vue pratique, mais juridiquement admissible.

Les formalités qui ont entouré la réduction du capital dans notre exemple ci-dessus sont consacrées principalement à la protection des droits des créanciers qui n'ont rien à dire si la réserve légale est convertie directement en capital social et qui sont, dans ce dernier cas, les principaux bénéficiaires de l'opération.

Pourquoi donc empêche-t-on cette opération si elle ne porte atteinte ni aux créanciers, ni à la société ? ¹⁰⁶

La réserve légale, si elle ne dépasse pas la moitié du capital, reflète comme un second capital ¹⁰⁷ l'indisponibilité du capital. Cette indisponibilité sera encore plus forte lors de l'incorporation de cette réserve au capital, puisque le capital social est indiscutablement fixe et indisponible. Donc, la réserve légale, en cas de sa capitalisation, ne sort pas de son intangibilité donnée par le C.O., mais elle reflétera encore la fixité du capital social.

¹⁰⁵ Puisqu'il est permis de réduire le capital après avoir rempli les conditions juridiques imposées par la loi pour sauvegarder les intérêts des créanciers (art. 732 à 735 C.O.).

¹⁰⁶ Voir Amiaud, p. 354.

¹⁰⁷ Voir W. Schmid, p. 83.

Quatrième chapitre

PROCÉDURE, CONDITIONS DE RÉALISATION

§ 1. *Licéité de l'opération*

Les augmentations du capital social selon le nouveau Code des Obligations sont licites, même si elles ne sont pas prévues dans les statuts primitifs¹. Elles sont aussi licites, en droit français² et allemand³, sans une autorisation préalable mentionnée aux statuts⁴.

Cette opération est licite en droit suisse et réglementée aux art. 630-653 C.O., puisqu'il n'y a pas un droit acquis de l'actionnaire au maintien du capital social antérieur. (A.T.F. 26. II. p. 432.) Un actionnaire ne peut pas s'opposer à la décision qui porte l'augmentation du capital social, si cette décision a été prise conformément à la loi ou aux statuts.

Mais il faut bien prendre en considération le fait que les actionnaires ne sont tenus que des prestations statutaires (art. 620 C.O.) et ne peuvent pas être astreints à de nouveaux versements ; donc, ils ne sont pas tenus à participer à l'augmentation du capital social⁵, et ils sont libres d'y participer ou de s'abstenir.

Les statuts ne peuvent pas interdire une telle opération, mais ils peuvent l'entourer de conditions plus difficiles⁶. Il est possible, même dans le cas où le capital social n'a pas été intégralement libéré, de procéder à son augmentation⁷.

¹ Voir Siegwart : Kommentar, ad. art. 650, N° 1, von Salis, p. 92.

² Art. 4, loi du 4 mars 1943.

³ § 149, Aktiengesetz, 30 janvier 1937.

⁴ Les choses se passent autrement *en droit anglais*, où il faut mentionner expressément l'autorisation de cette opération dans les statuts (voir von Salis, p. 92). Voir également Wirz, p. 107.

⁵ Von Steiger/Cosandey, p. 294.

⁶ Voir Funk, ad. art. 650, N. 1 ; von Steiger/Cosandey, p. 294, de même § 149 Aktiengesetz.

⁷ Siegwart, ad. art. 650, N. 1 ; Funk, ad. art. 650, N. 1 ; von Steiger/Cosandey, p. 298 ; W. Stricker, p. 44.

Il faut bien remarquer que le code des obligations comme la loi française n'ont prévu aucune disposition sur ce sujet, alors que la loi allemande, § 149, ch. 4, prévoit que « le capital social ne doit pas être augmenté tant que les versements encore dus sur l'ancien capital ne peuvent être faits », contrairement à la plupart des législations⁸.

Ajoutons à ce sujet que toutes les sociétés que nous connaissons n'ont procédé à l'incorporation de leurs réserves au capital qu'après la libération intégrale de leurs capitaux.

Logiquement parlant, si une société augmente son capital, elle doit faire appel aux fonds de ses actionnaires, « en effet, pourquoi autoriser la société à faire une nouvelle émission avant que la première soit liquidée »⁹.

Mais, du point de vue financier, l'entreprise, dans certains cas, peut considérer le solde non versé des actions déjà souscrites comme une réserve qu'il sera très utile d'exiger en temps précaire¹⁰, et si la société est prospère, c'est elle qui peut effectuer, à l'avenir, ce versement par un prélèvement sur les bénéfices nets de la société.

Ajoutons ici que l'incorporation des réserves au capital social — sujet de notre thèse — faisant une modalité de l'augmentation du capital social, est tout à fait licite, comme l'a déjà constaté le Tribunal fédéral (A.T.F. 46. II. 479. 47. II. 337) et l'ont affirmé les auteurs suisses (Siegwart, Scherrer, Folliet, de Senarclens, Funk, A. Wieland, von Steiger, Kurt Kolb, von Salis, K. Wieland), même si la capitalisation des réserves — sauf les articles 650-653 C.O., qui traitent l'augmentation du capital en général — n'a pas été prévue expressément par le nouveau code des obligations, mais elle rentre dans le pouvoir de l'assemblée générale agissant selon les dispositions légales et statutaires.

§ 2. *Différence avec la nouvelle fondation*

L'art. 650, al. 1 C.O., prévoit qu'« une société ne peut émettre des actions nouvelles qu'en se conformant aux prescriptions applicables à la fondation des S. A. ». Il s'agit donc de savoir si l'augmentation du capital social — et spécialement par incorporation des réserves — est

⁸ Folliet, p. 183.

⁹ Folliet, p. 183, voir spécialement Note N° 2, citation de L. Rehfsous, p. 55. « Il est conforme au droit et à la logique que ceux qui sont porteurs d'actions non libérées et qui sont débiteurs envers la société du montant non versé soient mis en demeure d'exécuter les engagements qui leur incombent. »

¹⁰ Voir Folliet, p. 184.

considérée du point de vue juridique comme une nouvelle fondation de la société ou si la société elle-même continue à exister et que cette opération n'entraîne qu'une simple modification statutaire. Autrement dit, pour éviter la confusion et pour constater les limites de l'application des prescriptions prévues à l'art. 650, al. 1, nous voulons examiner la nature juridique de l'augmentation du capital social face à la fondation, la différence entre les deux et la doctrine la plus développée sur cette question. Nous discuterons aussi la question de savoir si l'augmentation du capital social entraîne ou non la création d'une nouvelle société, parce que cette question présente un intérêt à plusieurs points de vue, notamment en ce qui concerne le consentement nécessaire à sa réalisation et les formalités à remplir ¹¹.

Quelques auteurs, comme K. Wieland et von Salis ¹², en adoptant la théorie d'« Oktroi System » ¹³, supposent que le capital social fait partie intégrante de la personnalité juridique de la société anonyme ; cela revient à dire qu'un changement apporté au capital social signifie un changement de la personnalité juridique. Au sens de cette interprétation, la modification du capital social entraîne la création d'une nouvelle société.

Cette argumentation, qui est abandonnée aujourd'hui ¹⁴, n'a pas été fondée comme l'a précisé Karl Rauch ¹⁵ — qui représente l'opinion la plus développée et la plus moderne à ce sujet — et elle a été critiquée par cet auteur qui, en évoquant l'opinion de Staub ¹⁶, a précisé que l'identité de la société reste la même après comme avant l'augmentation du capital social et qu'une société anonyme déjà constituée ne peut pas être reconstituée, ni partiellement ni entièrement. Donc Karl Rauch a refusé avec raison la fondation partielle nouvelle de la société anonyme, préconisée par quelques auteurs ¹⁷. Selon lui, cette opération n'est qu'une simple « Satzungsänderung und nichts weiter » ¹⁸, et il

¹¹ Houpin et Bosvieux (Traité des S. 1918, 5^e éd., N. 719).

¹² K. Wieland, p. 163. II. ; von Salis, p. 95.

¹³ Balaster Peter, p. 18.

¹⁴ Cela veut dire, la théorie de la nouvelle fondation, voir A. Wieland, S.J.Z., 49, p. 157 ; Scherrer, p. 56.

¹⁵ Karl Rauch, I., p. 110 et s., et spécialement p. 112 et p. 113.

¹⁶ Staub, Kommentar z. H.G.B., 3. Aufl. (1890), Einleitung zum Artikel 215 a : « Eine bestehende Gesellschaft kann nicht mehr gegründet werden » ; cité par Rauch, 1, p. 108 et ss.

¹⁷ Henggeler J., p. 18 (Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Bankgesetz und im neuen schweiz. Aktienrecht), Zürich 1937. Il a nommé « teilweise Neugründung » et « partielle Neugründung » la nouvelle émission des actions prévue à l'art. 650 C.O. C'est l'avis également de Baumbach et Quassowski (voir K. Rauch, p. 108, note N° 3).

¹⁸ Karl Rauch, p. 113, I. Teil.

faut détacher ou différencier l'augmentation du capital social de la fondation de la société anonyme¹⁹.

La doctrine moderne en Suisse s'est inspirée de cette interprétation nouvelle dont nous défendons et préconisons les effets juridiques. Cette doctrine représentée par von Steiger²⁰, Scherrer²¹, A. Wieland²², Siegwart²³, selon laquelle la facilité de l'opération repose, spécialement si elle est réalisée par autofinancement de l'entreprise, sur le fait qu'une société anonyme ne peut pas être reconstituée (refondée) et, comme le dit A. Wieland²⁴, ni entièrement, ni partiellement et en dépit de l'augmentation apportée à la fortune sociale, mais cela ne change rien à son identité. Il s'agit donc seulement d'une modification statutaire dont l'augmentation du capital social est une espèce²⁵, et si le législateur suisse prévoit à l'art. 650 que la société doit — en cas d'émission nouvelle d'actions — se conformer aux prescriptions applicables à la fondation, cela n'est — comme le dit von Steiger²⁶ — que lorsque la nature des choses n'impose pas une solution différente.

Or, les règles légales sur la fondation d'une société anonyme ne sont pas complètement applicables à l'augmentation du capital social²⁷. Pour cette raison, la distinction existante au moment de la fondation de la société anonyme entre la fondation simultanée et la fondation successive ne concerne pas l'augmentation du capital social, et elle ne joue aucun rôle. Il n'est pas exact d'appliquer les notions de la fondation à une société qui existe déjà. En réalité, en procédant à l'augmentation du capital social, la société existe déjà en droit et l'essentiel est de souscrire les actions nouvelles, soit immédiatement après la décision de l'assemblée générale de procéder à cette opération, soit quelque temps après²⁸. Donc, il faut interpréter l'art. 650, al. 1 C.O., d'une manière judicieuse. Spécialement dans l'incorporation des réserves — signale Siegwart²⁹ — l'application des art. 650-653 n'est possible qu'avec réserve.

¹⁹ Balaster, p. 21 ; Rauch, p. 116.

²⁰ Von Steiger/Cosandey, p. 294. S.A.S. 16, p. 96 ; von Steiger/Freymond : Les inscriptions concernant les sociétés anonymes au Registre du commerce, p. 66 et suivantes.

²¹ Scherrer, p. 40, p. 56, p. 68.

²² A. Wieland, S.J.Z. 49, p. 157 et s.

²³ Siegwart (Kommentar), ad. art. 650, N° 3.

²⁴ A. Wieland, S.J.Z. 49, p. 157.

²⁵ Scherrer, p. 40 ; Balaster, p. 21 (Unterart von Statutenänderung) et p. 56.

²⁶ Von Steiger/Cosandey, p. 294.

²⁷ Von Steiger S.A.S., 16, p. 96.

²⁸ Von Steiger/Freymond, Les inscriptions, p. 66.

²⁹ Siegwart, ad. art. 650, N. 3, Kommentar.

Signalons ici que si le législateur suisse, en cas d'augmentation du capital social par l'émission de nouvelles actions — il va de soi que l'art. 650 est aussi applicable à l'augmentation du capital social par l'élévation de la valeur nominale des actions, même si elle n'est pas prévue dans cet article³⁰ —, a imposé l'application des prescriptions concernant la fondation d'une société anonyme, cela ne veut pas dire que l'augmentation du capital social est une nouvelle fondation, vu la différence qui existe dans la nature juridique de ces deux opérations et dans l'impossibilité de faire ressembler les deux opérations du point de vue pratique.

La société, une fois fondée légalement, pour continuer à exister et à se développer, pour faire face aux fluctuations économiques et financières et au changement du régime fiscal, procède à certaines opérations qui exigent des modifications statutaires.

C'est dans le domaine légal et statutaire qu'elle procède à plusieurs opérations nécessaires à sa continuité, dont l'augmentation du capital social opérée au sein de l'assemblée générale, pouvoir suprême de la société, et sous son autorisation.

Donc, il y a une différence entre l'existence d'une chose et le changement apporté après son existence, comme la différence entre la création et la correction d'une poésie, et s'il y a des principes applicables dans le cas de la fondation et de l'augmentation du capital social, c'est parce que la nature des choses le permet et l'impose. Si le poète a créé son madrigal dans un coin sombre, tranquille et fleuri, il revient dans le même coin pour le corriger et le compléter, et il évoque les mêmes rêves qui ont créé le madrigal autrefois. Une société, une fois qu'elle existe, n'existe pas deux fois, et si elle est changée, cela n'est pas une autre société qui se crée, à moins que l'ancienne société soit dissoute et que ce soit une autre société qui se constitue. Si un enfant grandit et change, on ne dit pas que c'est un autre enfant qui est né.

D'autre part, si on devait appliquer toutes les prescriptions concernant la fondation à l'augmentation du capital social, l'augmentation serait impossible dans le cas où la société compte un ou deux actionnaires³¹, puisque lors de la fondation, le nombre des actionnaires

³⁰ Le législateur suisse n'a pas mentionné cette modalité d'augmentation du capital social, et comme nous avons constaté qu'elle est complètement licite, il faut appliquer les dispositions de l'art. 650 dans ce cas-là, spécialement si l'élévation de la nominale est opérée par des nouveaux apports des actionnaires, contrairement à l'auto-financement de la société où il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions de l'art. 650 C.O.

³¹ Von Steiger/Cosandey, p. 294.

ne peut être inférieur à trois (art. 625, al. 1 C.O.). Tandis que, lors de l'augmentation du capital social, il peut y avoir un seul actionnaire (société à membre unique).

Une autre différence de formalité entre l'augmentation du capital social et la fondation d'une société anonyme réside dans le fait que le consentement unanime de tous les actionnaires est nécessaire dans le cas de la constitution d'une société anonyme, tandis que la majorité absolue des voix représentées (art. 703), en prenant en considération les art. 648 et 649, 623, 680, al. 1 C.O., est suffisante dans le cas d'une augmentation du capital social par l'émission de nouvelles actions, puisqu'il s'agit d'une modification statutaire³², contrairement à la loi allemande du 30 janvier 1937, § 149, al. 1, qui exige une majorité d'au moins les trois quarts du capital social représenté lors de la décision.

Nous ajoutons aussi que, si la société compte lors de sa fondation un nombre des actionnaires qui ne peut être inférieur à trois — c'est-à-dire : il faut au moins trois actionnaires qui souscrivent toutes les actions — (art. 625, al. 1 C.O.), il se peut que la souscription des nouvelles actions lors de la décision de l'augmentation du capital social est faite par une personne toute seule, que ce soit un actionnaire ou un tiers.

La différence entre la fondation d'une société anonyme et l'augmentation du capital social devient encore plus grande dans le cas de l'incorporation des réserves au capital social. Les raisons qui ont poussé le législateur suisse à appliquer les prescriptions de la fondation ne produisent pas leurs effets dans le cas de l'incorporation des réserves³³. Ces raisons sont la protection des nouveaux actionnaires et des créanciers sociaux.

Il n'y a donc pas lieu d'appliquer dans le cas d'incorporation des réserves au capital social les dispositions relatives aux apports en na-

³² Scherrer, p. 69 ; von Steiger, Z.G.H.K.R., op. cit., p. 165 ; Siegwart, ad. art. 650, N. 25. Voir également S.A.S. XVI 42. Voir aussi A. Wieland, S.J.Z. 49, p. 170 ; Folliet, p. 180 ; von Steiger/Cosandey, p. 295. Le plus fréquent, comme le dit Folliet, p. 180, ce sont les statuts qui disposent sur la question du quorum de présence, puisque le nouveau code des obligations comme l'ancien code des obligations n'exigent pas un quorum, ni une majorité spéciale pour décider l'augmentation du capital. Donc sauf disposition contraire des statuts, l'assemblée générale décide de l'augmentation du capital social par la majorité absolue des voix représentées, quel que soit le nombre des actionnaires représentés. Voir également : Siegwart, No 22, ad. art. 650, en ce qui concerne le consentement des actionnaires dans le cas d'augmentation du capital social par l'élévation de la valeur nominale des actions.

³³ Voir à ce sujet les différences des deux modalités d'augmentation du capital social, par les propres moyens de la société et par moyens extérieurs d'A. Wieland, S.J.Z. 49, p. 171.

ture, à la reprise de biens et à l'octroi d'avantages particuliers (art. 650, al. 2) qui sont applicables dans le cas d'émission publique des nouvelles actions, puisqu'il s'agit des moyens financiers propres à la société et non pas des richesses nouvelles extérieures de la société.

Il n'y a pas lieu non plus d'exiger un prospectus signé au nom de l'administration par une personne chargée de représenter la société (art. 651, al. 1 C.O.), puisqu'il ne s'agit pas d'une souscription publique, à moins qu'une partie du nouveau capital augmenté soit libérée par les réserves de la société et l'autre partie par un autre moyen financier extérieur de la société, c'est-à-dire par l'incorporation partielle des réserves, ce qui est tout à fait légal³⁴. Aussi dans ce dernier cas et même si les mêmes anciens actionnaires ont souscrit les nouvelles actions, les dispositions de l'art. 650, al. 2, sont applicables.

Remarquons aussi que les dispositions concernant le minimum de la libération³⁵ des nouvelles actions (art. 633 C.O.) et le dépôt au compte de la société auprès d'un office cantonal de consignation de la part du capital social versé (art. 633, al. 3 C.O.) ne sont pas applicables en cas d'émission des actions gratuites³⁶ ; de même, les bulletins de souscription seraient superflus dans le cas de la capitalisation des réserves, puisque la mise de fonds est effectuée par les moyens financiers propres à la société³⁷.

Résultat : L'augmentation du capital social par incorporation des réserves — en différence avec la fondation d'une société anonyme — est une simple modification statutaire, décidée par l'assemblée générale selon les prescriptions légales et statutaires, en tant que pouvoir suprême de la société qui a le droit inaliénable d'adopter et de modifier les statuts (art. 698 C.O.) ; et puisqu'il ne s'agit pas d'une souscription publique, les articles (650-653 C.O.), de même que les prescriptions applicables à la fondation des sociétés anonymes, ne sont applicables qu'avec beaucoup de réserve et autant que la nature de l'opération l'impose. Cette décision d'incorporation des réserves peut être prise au cours de deux séances successives de l'assemblée générale — cas très rarement employé — ou dans une seule séance de l'assemblée générale qui décide l'incorporation et constate la réalisation de l'augmentation, et c'est le cas le plus souvent employé en Suisse.

³⁴ Siegwart, ad. art. 650, N. 4, de Senarclens, p. 68 ; von Steiger, Z.G.H.K.R. 1955, p. 172.

³⁵ Voir *supra*, p. 39.

³⁶ Scherrer, p. 54 ; Kurt Kolb, p. 76 ; von Steiger/Cosandey, 299.

³⁷ Von Steiger/Cosandey, p. 293 ; Siegwart, art. 650, N. 7.

§ 3. *Décision d'incorporation des réserves au capital social*

Comme nous l'avons signalé, l'augmentation du capital social par incorporation des réserves se réalise en règle générale en une seule assemblée générale, puisqu'il n'y a pas de souscription publique, pour que la société ait le temps de chercher de nouveaux souscripteurs après la décision de principe d'une augmentation du capital social, et ce sont les actionnaires eux-mêmes qui participent à cette augmentation du capital social libéré par les propres moyens financiers de la société, par ses réserves qui échoient nécessairement aux anciens actionnaires³⁸. Donc, nous pouvons affirmer avec de Senarclens³⁹, que l'augmentation du capital social avec l'inclusion des réserves au moyen d'une réunion de deux assemblées générales⁴⁰ est inapplicable et qu'elle est aujourd'hui pratiquement périmée dans le cas où le nouveau capital est intégralement libéré par la société. Nous avons vu — très rarement — une telle augmentation du capital avec deux assemblées générales, dans toutes les augmentations du capital social avec incorporation des réserves, dont nous avons étudié les cas, des sociétés qui ont procédé récemment à cette opération en Suisse. Mais — même dans le cas de la réunion d'une seule assemblée générale — il faut prendre en considération la nécessité de deux décisions, d'augmentation du capital social et de la constatation de cette augmentation⁴¹.

Mais si la société libère partiellement le nouveau capital social par ses propres moyens financiers, en laissant le solde à la charge des actionnaires, ou en procédant en même temps pour le reste du capital social non entièrement libéré à une émission publique, dans ce cas-là la société anonyme peut procéder à la réunion des deux assemblées générales comme juge — la société — indispensable pour lui permettre d'obtenir de nouvelles souscriptions, soit des anciens actionnaires, soit des autres personnes.

³⁸ De Senarclens, p. 68, du même avis Balaster, p. 97.

³⁹ P. 69.

⁴⁰ Nous avons évité de dénommer l'augmentation avec deux assemblées générales comme une augmentation successive, et l'augmentation avec une seule assemblée générale comme une augmentation simultanée, vu la différence que nous avons constatée (voir supra, p. 94) entre la fondation d'une société anonyme et la décision de l'assemblée générale d'une augmentation du capital social par l'incorporation des réserves, afin d'éviter une confusion. Du même avis, von Steiger, p. 295.

⁴¹ Voir Balaster, p. 97, Note 12.

Section I

PROCÉDURE SUCCESSIVE

OU LA REUNION DE DEUX ASSEMBLÉES GÉNÉRALES POUR L'AUGMENTATION DU CAPITAL SOCIAL

Ces deux assemblées générales se réunissent successivement, dont la première décide l'augmentation du capital social selon les préparatifs nécessaires présentés à celle-ci par le conseil d'administration⁴² et assume l'administration de la charge de réaliser cette augmentation sous réserve d'une sanction postérieure de l'assemblée générale⁴³ sur toutes les mesures prises par l'administration dans la constatation de l'augmentation du capital social, étant donné que seule la décision prise dans l'assemblée générale de constat — donc la deuxième décision de l'assemblée générale — fait l'objet d'une inscription au registre du commerce.

Cette décision de principe doit comporter toutes les indications nécessaires à la modification des statuts. Elle doit préciser le montant d'augmentation du capital, la valeur nominale des nouvelles actions, les privilèges attachés à ces actions, la modalité de ces actions, si elles sont nominales ou au porteur, de même que toutes les indications nécessaires en cas d'augmentation qualifiée, sur les apports en nature, les reprises de biens et les avantages particuliers⁴⁴.

Remarquons que cette décision de principe n'emporte pas en elle-même la qualité d'une modification statutaire, mais un simple ordre ou mandat donné à l'administration par l'assemblée générale, pouvoir suprême de la société, de procéder à la préparation de cette opération dans le cadre de sa compétence. Au contraire, la deuxième assemblée générale décide la modification statutaire ; c'est ce qu'on appelle la décision de constat⁴⁵.

⁴² Voir à ce sujet von Salis, p. 118.

⁴³ Voir von Salis, pp. 19, 106, 115-117, 173.

⁴⁴ La compétence de l'assemblée générale sur la modification des clauses statutaires concernant le capital de la société est irrenonçable en droit suisse. A.C.O., art. 644, N.C.O., art. 698, al. 2, chiffre 1, de même en droit allemand, §§ 103, 145, 149, et en droit français, loi 1886, art. 31. (Voir von Salis, p. 141.)

⁴⁵ En droits anglais et américain, il n'y a pas question que la décision de principe d'une augmentation du capital emporte en elle-même une modification statutaire (voir von Salis, p. 120, note N° 10).

La charge de trouver le capital nécessaire, assumée par l'administration, peut être atteinte, soit en s'adressant à un actionnaire unique (banque), soit à un cercle restreint de personnes, soit par un appel au public.

Dans ce dernier cas, la société doit rédiger un prospectus (voir infra), mais la doctrine admet que le prospectus est nécessaire dans le cas de la souscription des actions par une ou plusieurs personnes, si ces dernières offrent les actions à leur tour au public.

Ensuite, les vérifications nécessaires doivent être faites par l'administration — comme dans le cas de la fondation par les fondateurs — sur la souscription intégrale des actions, sur la libération des actions à concurrence du minimum légal de 20 %, sur l'effectuation de ces versements auprès de l'Office cantonal de consignation, et sur l'application de toutes les règles juridiques, lorsque la libération a été faite par des apports en nature.

La deuxième assemblée générale — dite assemblée générale de constat — joue exactement le même rôle que l'assemblée constitutive lors de la fondation d'une société anonyme. Cette assemblée générale constate que les nouvelles actions ont été souscrites et que les versements requis par la loi ou les statuts ont été opérés. On décide à cette assemblée générale les modifications des statuts ⁴⁶.

Les deux décisions des deux assemblées générales font l'objet d'un procès verbal authentique, puisque, selon l'art. 647, al. 1 C.O., toute décision de l'assemblée générale qui modifie les statuts doit être l'objet d'un acte authentique. Ces deux décisions font l'objet — également — d'une inscription au registre du commerce (art. 647 C.O.) ⁴⁷.

L'administration est chargée de communiquer — sans délai — la première décision de l'assemblée générale, à l'office du registre du commerce. Cependant, on n'inscrit l'augmentation du capital et la modification apportée aux statuts qu'après la seconde décision de l'assemblée générale (art. 653, al. 1 C.O.) ⁴⁸. Cette inscription au registre du commerce a une valeur constitutive à l'égard des tiers. Le

⁴⁶ Voir von Steiger/Freymond (les inscriptions), p. 66. Voir également von Salis, p. 119 et suivante.

⁴⁷ De même en droit allemand : voir Staub, Kommentar H.G.B., vol. II, p. 48, Anm. 4 et 9, et H. Wilhelm und V. Godin, Aktiengesetz, p. 494, note 1.

⁴⁸ Voir von Steiger/Freymond (les inscriptions), p. 66 ; Funk, Kommentar, ad., art. 650, N. 2 ; Schucany, ad., art. 650, N. 2 ; Curti (A.G. und Holding-G.), p. 162 ; Guhl/Des Gouttes, p. 451. Mais nous remarquons que le texte français de l'art. 653 C.O. paraît incompatible avec le texte allemand qui prévoit que la décision est annoncée et inscrite au registre du commerce aussitôt que la deuxième assemblée a pris sa décision de constat. Donc, le texte allemand est plus clair que le texte français.

nouveau capital augmenté ne garantit pas seulement les créanciers futurs de la société, mais aussi les anciens créanciers ⁴⁹.

Par l'administration doivent également être communiquées au registre du commerce les décisions spéciales concernant les apports en nature et les reprises des biens (art. 653, al. 1 C.O.).

Sont nulles les actions émises avant l'inscription de l'augmentation du capital social, toutefois, les engagements qui résultent de la souscription des nouvelles actions demeurent intacts (art. 653, al. 2 C.O.) ⁵⁰. Donc, on applique à ce sujet la même règle que dans le cas de la fondation (art. 644 C.O.), mais il faut bien savoir que la remise anticipée et illicite des actions ne touche pas la légitimité de l'augmentation du capital ⁵¹.

La réunion de deux assemblées générales pour l'incorporation des réserves au capital — et comme nous l'avons signalé (voir supra, p. 101) — est inutilisée aujourd'hui — sauf quelques cas spéciaux, dont nous parlerons — puisqu'il ne s'agit pas d'émission publique, et on ne demande à l'actionnaire ni versement, ni apport en nature.

Mais il y a une possibilité d'appliquer cette procédure successive dans les deux cas suivants :

1. L'incorporation partielle des réserves au capital : Dans ce cas, une partie seulement du capital social augmenté est libéré par les réserves. L'autre partie fait l'objet d'une souscription nouvelle et des nouveaux engagements, soit par les actionnaires, soit par des tiers. C'est pour cette raison que nous traitons cette méthode d'augmentation du capital au moyen de la réunion des deux assemblées générales.

2. Dans les grandes sociétés où l'intervention d'un souscripteur unique est nécessaire pour distribuer les actions à titre gratuit (voir infra, p. 130). Von Steiger ⁵² souligne très justement qu'il est possible de remplir dans une seule séance toutes les formalités exigées par la loi pour l'augmentation du capital, si les actionnaires sont peu nombreux et lorsqu'ils se sont mis d'accord sur l'augmentation, la souscription et le paiement, mais — ajoute von Steiger — au contraire, deux assemblées générales sont d'ordinaire nécessaires, si les nouvelles actions sont offertes par souscription publique.

⁴⁹ Voir Siegwart, ad., art. 650, N. 33.

⁵⁰ Voir Funk, ad., art. 653, N. 3 ; Siegwart, ad., art. 653, N. 7 ; Curti, p. 162.

⁵¹ A.T.F. 26, II, 427. Voir également Siegwart, ad. art. 653, N. 7.

⁵² Von Steiger/Cosandey, pp. 295 et suivante. Voir également Siegwart (Kommentar), ad., art. 650, N. 40, et von Steiger/Freymond (les inscriptions dans le registre de commerce), p. 67.

Quelquefois, les statuts primitifs ou une décision postérieure de l'assemblée générale prévoient l'augmentation du capital social à un certain montant déterminé⁵³ et donnent à l'administration le pouvoir de procéder à cette augmentation à la fois ou par étapes⁵⁴, c'est-à-dire par tranches successives, et comme le dit Capitaine⁵⁵, selon les circonstances les plus favorables à la réalisation de la volonté générale de l'assemblée. Dans ce cas, il n'y aura pas besoin de réunir deux assemblées générales. Une seule assemblée générale peut constater la réalisation de cette augmentation simultanément⁵⁶.

Cet ordre donné par l'assemblée générale à l'administration contient normalement — sauf les indications mentionnées ci-dessus concernant les modifications statutaires — les déterminations suivantes :

1. La durée de l'accomplissement de l'augmentation⁵⁷.
2. La date jusqu'à laquelle le souscripteur est lié.
3. Tranches de l'émission⁵⁸.
4. Lieu de souscription, des indications concernant la maison d'émission, les bureaux de paiement et des indications concernant la répartition des actions⁵⁹.
5. Le prix d'émission.
6. Quote de la libération et son délai.
7. Le commencement du droit aux dividendes.
8. Frais d'émission.

⁵³ En France, on a jugé nulle une clause statutaire autorisant le conseil d'administration à augmenter le capital sans augmenter le montant de cette opération. Voir l'arrêt de la Cour de Douai du 1. 12. 1928 dans : *Journal des sociétés*, 1929, p. 583 et Copper Royer, « avis contraire », vol. II, p. 586. Voir également Capitaine, S. A. S., 14, p. 227.

En Suisse, la commission d'experts a refusé de donner à l'administration le droit de déterminer le montant du capital augmenté. Cependant, dit Kurt Kolb, p. 73, on peut, dans certaines limites, donner à l'administration le droit de déterminer l'étendue de l'augmentation du capital social. Nous ajoutons que dans la pratique suisse, on envisage quelquefois cette possibilité, comme dans le cas de la Société Générale d'Af-fichage (voir infra p. 128) et elle est indiscutablement acceptable aujourd'hui.

⁵⁴ Voir à ce sujet l'étude de Capitaine sur « la décision préalable d'augmentation du capital social d'une société anonyme », S. A. S. 14, p. 220. De même Siegart (Kommentar) ad. art. 650, N. 26 et suivante.

⁵⁵ S. A. S. 14, p. 228.

⁵⁶ Capitaine, S. A. S. 14, p. 222 et ss.

⁵⁷ A. T. F. 47, II, 338.

⁵⁸ Voir von Salis, p. 142.

⁵⁹ Voir A. T. F. 47, II, 338, S. J. Z. VIII, p. 294. Voir également von Salis, p. 142 ; Curti (A. G. und Holding), p. 162.

Mais l'assemblée générale peut limiter sa décision de principe d'une augmentation du capital dans un ordre général à l'administration, en lui laissant le soin de juger le nécessaire en ce qui concerne tous les détails et préparations indispensables de l'opération⁶⁰. Selon von Salis⁶¹, l'assemblée générale peut, par exemple, laisser la limitation du chiffre du capital augmenté à l'administration pour que celle-ci soit en contact avec les maisons d'émission et pour qu'elle puisse étudier l'état du marché. Elle fixe donc plus tard le chiffre du capital augmenté, sous réserve de l'approbation de l'assemblée générale. Mais nous croyons que cette possibilité provoque une difficulté du point de vue pratique, puisque l'*art. 651, chiffre 9, al. 2 C.O.* prévoit que le prospectus adressé en cas de souscription publique doit fournir des indications concernant le montant total des actions nouvelles, leur nombre, leur valeur nominale, leur espèce et leur prix d'émission. Dans le cas cité par von Salis, on doit convoquer trois assemblées générales pour l'augmentation du capital. La première décide l'augmentation sans chiffre exact du capital augmenté, l'administration étudie la situation, puis elle convoque une deuxième assemblée générale pour approuver le chiffre du capital proposé par l'administration, enfin celle-ci procède à l'augmentation et convoque une troisième assemblée générale pour constater la réalisation de l'opération. Cette procédure est tellement longue et superflue, puisque normalement c'est l'administration qui propose l'augmentation du capital après qu'elle ait étudié la situation et tout ce qui entoure cette opération avec toute l'habileté et l'attention nécessaires. Or, c'est elle qui détermine le montant du capital augmenté et qui prend l'autorisation de la première assemblée générale de réaliser son projet.

Si la réunion de trois assemblées générales, est une procédure compliquée, nous croyons qu'il est possible, au moins du point de vue théorique, que la première assemblée générale, ayant tout à fait confiance en l'administration, décide l'augmentation du capital social, sans déterminer le montant du capital augmenté, en donnant à l'administration le droit absolu de fixer le chiffre du capital et de le publier au prospectus sans prendre de nouveau le consentement de l'assemblée générale sur le chiffre du capital nouveau. Dans ce cas, l'administration procède à l'augmentation et convoque une deuxième assemblée générale de constat.

Il se peut aussi — ce qui est très logique — que l'assemblée générale détermine le chiffre maximum du capital augmenté, en autorisant

⁶⁰ Voir von Salis, p. 142.

⁶¹ P. 145.

l'administration de procéder à l'augmentation du capital en une ou plusieurs fois. En droit suisse, cette possibilité est tout à fait licite ; ainsi la pratique suisse connaît des sociétés anonymes qui ont procédé à cette opération.

L'augmentation est faite en plusieurs séries de souscription, chaque souscription exige une modification des clauses statutaires concernant le capital dans une assemblée générale de constat et une inscription au registre de commerce. Donc, chaque série de souscription est considérée comme une augmentation du capital ⁶².

De la pratique suisse, prenons l'exemple de la Société générale d'affichage. Cette société a décidé, dans son assemblée générale du 18 mai 1953, de charger le conseil d'administration de procéder à l'augmentation de son capital (qui était de Fr. 1 200 000.—) d'une somme qui sera au maximum de Fr. 1 200 000.—, de sorte que le capital social pourra atteindre au maximum un montant de 2 400 000 francs.

Cette augmentation ordonnée par l'assemblée générale du 18 mai 1953 peut être réalisée en une ou plusieurs fois, à l'époque ou aux époques et de la manière que l'administration la fixera, sous réserve de la faire dans le cadre des dispositions et des normes établies et acceptées par l'assemblée générale.

En conséquence, le conseil d'administration est chargé de procéder, comme indiqué ci-dessus, à l'augmentation du capital social. Pour chaque augmentation du capital, il convoquera à nouveau une assemblée extraordinaire pour en constater le caractère définitif et modifier les statuts en conséquence.

Le 23 novembre 1953, la société a décidé de porter son capital de Fr. 1 200 000.— à Fr. 1 800 000.— par l'émission de 6000 actions nouvelles au porteur de Fr. 100.—, libérées chacune de Fr. 50.— en espèces et de Fr. 50.— par prélèvement sur les réserves à disposition de l'assemblée générale ⁶³.

Et pour la deuxième fois, la Société d'affichage a décidé en 1956 — suivant procès verbaux authentiques de ses assemblées générales des 18 mai 1953 et 5 novembre 1956 ⁶⁴ — de porter son capital de Fr. 1 800 000.— à Fr. 2 400 000.— par l'émission de 6000 actions nouvelles au porteur de Fr. 100.— chacune, entièrement libérées par

⁶² Voir Karl Wieland, II, p. 168 ; Salis, p. 148 ; Staub, ad., art. 278, N° 9.

⁶³ Consulter à ce sujet le bureau du registre de commerce de Genève, dossier N° 2754. 1953.

⁶⁴ Voir F.O.S.C., 1956, N° 297, p. 3219. Consulter également le bureau du registre de commerce de Genève, dossier N° 2660, 1956.

un prélèvement sur des réserves à disposition de l'assemblée générale.

Dans l'assemblée générale du 5 décembre 1956, le président a rappelé que la décision d'augmenter le capital d'une somme qui sera au maximum de Fr. 1 200 000.— et de charger le conseil d'administration de procéder à cette augmentation a été prise par décision de l'assemblée générale en date du 18 mai 1953.

Pour faciliter l'opération — comme l'entendait l'administration — la totalité du capital nouveau a été souscrite par MM. Hentsch & Cie, banquiers, à charge d'offrir les actions nouvelles aux anciens actionnaires qui en feront la demande. Le président de l'assemblée générale a soumis à celle-ci le bulletin de souscription de la totalité du nouveau capital signé par MM. Hentsch & Cie, il a également soumis à l'assemblée générale une déclaration du notaire attestant l'existence de réserves à disposition de l'assemblée générale, sur lesquelles doit être prélevée la somme de Fr. 600 000.—. Puis l'assemblée générale a constaté à l'unanimité que la totalité des nouvelles actions émises a été prise ferme par un seul souscripteur, sans souscription publique. Dans cette assemblée générale, la société a pris trois résolutions, la première concernant l'augmentation du capital, la deuxième le prélèvement sur les réserves à disposition de l'assemblée générale d'une somme de 600 000 francs pour l'incorporer au capital, la troisième concernant les modifications statutaires sur le montant du capital et le nombre des actions.

Comme nous l'avons signalé (voir *supra*, p. 103), il y a une autre possibilité de réunir deux assemblées générales pour l'augmentation du capital, sauf l'incorporation partielle des réserves au capital, c'est celle qui se produit dans les grandes sociétés, où les actions sont cotées à la bourse, et où l'intervention d'une banque ou d'un souscripteur unique est nécessaire pour la distribution des actions émises à titre gratuit aux actionnaires, dont le nombre est assez considérable. Dans un cas pareil, il est nécessaire du point de vue pratique de réunir deux assemblées générales pour permettre à l'administration de dominer l'opération et consulter les banques et la bourse, pour défendre ainsi les intérêts des actionnaires et de la société.

Citons comme intervention bancaire et à titre d'exemple l'intervention de la Banque Hentsch, à Genève, lors de la distribution à titre gratuit des actions de la Société générale d'affichage, dont nous avons parlé ci-dessus. Cette intervention est un simple mandat de timbrer les actions anciennes et de délivrer, contre le coupon N° X, une action à titre gratuit. Dans le cas de cette société, on a délivré pour trois actions anciennes une action à titre gratuit.

La Banque Hentsch n'a déposé aucune somme à l'office cantonal de consignation, puisqu'il ne s'agit pas d'une souscription publique, et elle a été seulement chargée d'offrir les nouvelles actions aux anciens actionnaires moyennant une commission spéciale⁶⁵.

La Banque Hentsch veillant à la distribution des actions à titre gratuit a fait une convention avec la bourse de Genève pour la limitation du droit à la cotation. Pendant un certain temps, l'actionnaire a le droit de vendre son droit de souscription à la bourse de Genève.

Evidemment la société n'est pas obligée de garder les actions émises à titre gratuit et qui ne sont pas retirées de la banque par les actionnaires pendant la période conventionnelle fixée par l'administration et publiée à la F.O.S.C., comme l'a fait la Banque Hentsch dans notre exemple ci-dessus, puisque ce délai péremptoire fixé par l'administration et donné aux actionnaires pour exercer leurs droits, est soumis à une peine de déchéance⁶⁶.

Mais la pratique suisse a toujours montré que les sociétés gardent, de leur bon vouloir, les actions gratuites non retirées dans un compte spécial dans leur bilan s'appelant : compte d'attente.

Donc, pour procéder à tous les préparatifs nécessaires, et pour conclure la convention avec la banque ou la bourse, il est justifié — sans doute — de réunir deux assemblées générales, pour donner à l'ad-

⁶⁵ Avant la décision de l'Office fédéral du registre de commerce de 1938 (voir Folliet, p. 173), les sociétés, puisqu'elles ne pouvaient pas obtenir la signature de l'unanimité des actionnaires, tournaient la difficulté en décidant l'augmentation du capital social par l'incorporation des réserves, et en signalant que la banque X a souscrit toutes les actions nouvelles et les a libérées entièrement et déposé la somme nécessaire à l'office cantonal de consignation «à la condition que les décisions relatives à cette opération soient prises par l'assemblée générale de ce jour là, et étant entendu que le versement effectué lui sera restitué par la société, tandis que la banque X, conformément aux accords intervenus, aura à remettre une nouvelle action entièrement libérée à chaque titulaire d'une action ancienne, et cela contre remise du coupon N°». Voir Folliet, p. 173.

Après l'inscription au registre de commerce, la société retirait la somme déposée par la banque auprès de l'office de consignation et la rendait à la banque X, « les titres étaient remis à la banque. Les actionnaires venaient échanger le coupon N°. contre une action nouvelle. A la date prévue, les titres non retirés étaient remis à la société qui procédait à leur vente et passait le produit au crédit des pertes et profits. » Voir Folliet, p. 173. Voir également A. T. F. 47, II, 335, et J. T. 1922, p. 584.

Nous affirmons avec Folliet (p. 173) « qu'il était pour le moins anormal qu'une société anonyme ne puisse pas délivrer des actions entièrement libérées au moyen de ses réserves sans être obligée de recourir à ces moyens détournés. Il s'agit ici d'une opération régulière, correcte et qui devait pouvoir se faire ouvertement. C'est ce que l'office fédéral du registre du commerce a heureusement décidé en 1938. » Donc, à l'heure actuelle, les sociétés anonymes ne procèdent pas à ces moyens détournés, et elles délivrent les actions nouvelles ouvertement, sans obliger la banque X de déposer la somme de l'augmentation à l'office cantonal de consignation.

⁶⁶ Voir J.T., 1922, p. 584. Voir également Fischer, p. 327, et Staub, ad. art. 282, N. 6.

ministration la possibilité de remplir toutes les conditions indispensables à une opération assez délicate comme l'incorporation des réserves au capital social, suivie d'une distribution des actions à titre gratuit.

Mais, même dans notre cas susmentionné, il se peut — à notre avis — que l'administration a déjà dominé le problème et étudié les conditions du marché et des banques. Elle convoque une seule assemblée extraordinaire et elle lui présente un projet complet en une opération, à laquelle ne manque que le consentement de cette assemblée générale.

Il n'est pas douteux, aujourd'hui, en droit suisse — comme la pratique et la doctrine française des sociétés anonymes l'ont déjà admis — qu'une décision préalable d'augmentation du capital social est admissible, qu'elle soit figurée dans les statuts primitifs ou modifiés, mais il importe de rappeler qu'en droit suisse, on ne peut inscrire que le montant effectif du capital social totalement souscrit par les actionnaires, et le préposé au registre du commerce ne prend en considération que ce montant constaté par l'assemblée générale et fixé par les statuts, et qui fait l'objet d'une publication et d'une inscription ⁶⁷ au registre du commerce (A.T.F. 56, I, 211).

Donc, le capital autorisé ne fait l'objet d'aucun droit des créanciers sociaux, ceux-ci ne peuvent pas obliger l'administration à une telle augmentation autorisée par les statuts. Il va sans dire qu'une telle augmentation ne peut avoir lieu qu'après la constatation par l'assemblée générale de la souscription des nouvelles actions et des versements opérés, et après son consentement à la modification statutaire et l'inscription de cette augmentation au registre du commerce. Même si l'augmentation du capital social n'a pas été envisagée ou que l'assemblée générale a modifié les dispositions statutaires autorisant l'administration de procéder à l'augmentation du capital social de la société à l'avenir, il ne s'agit pas pour autant d'une réduction du capital, comme l'affirme von Steiger ⁶⁸.

Nous croyons, contrairement à l'avis de G. Capitaine ⁶⁹, que la

⁶⁷ Von Steiger/Cosandey, p. 296 ; ad. art. Siegwart, 650, No 27.

⁶⁸ Von Steiger/Cosandey, loc. cit.

⁶⁹ S.A.S. 14, p. 229. Capitaine souligne « une des précisions les plus importantes de la décision préalable doit consister dans la détermination du mode de libération des actions nouvelles. Devront-elles être libérées nécessairement en numéraire ou admettra-t-on aussi la libération par apports en nature, sans observation des prescriptions légales et formelles à ce dernier sujet (art. 628 et 636, C.O.) ? Si la résolution ne précise rien, on doit admettre, en vertu du mandat tacite conféré à l'administration, que celle-ci peut procéder, à son choix, à l'augmentation du capital par voix de souscriptions libérales en numéraire, ou par voix de souscriptions libérales au moyen d'apports en nature. »

détermination du mode de libération des actions nouvelles ne fait pas partie des précisions les plus importantes de la décision préalable d'une augmentation du capital social. Et même si les statuts prévoient que la libération doit être nécessairement en numéraire ou par apports en nature, le conseil d'administration peut préparer les augmentations par incorporation des réserves ou des bénéfices.

Pour nous, il vaut mieux laisser le mode de libération aux soins de l'administration et étudier ses préparatifs plus tard au sein de l'assemblée générale. Il va sans dire que l'administration, si elle procède à l'augmentation du capital par incorporation des réserves, ce n'est pas selon la décision de l'assemblée dans sa décision préalable du mode de délibération, mais selon la prudence et la diligence attendue d'une administration veillant aux intérêts de la société. Autrement dit, il sera inutile si l'assemblée générale précise dans sa décision préalable que la libération des actions doit être par l'incorporation des réserves ou des bénéfices ou par la compensation avec des créances, puisque tout cela dépend de la situation économique et politique et la prospérité future de la société.

Il faut bien remarquer que, malgré la décision préalable de l'augmentation du capital social, le pouvoir suprême reste à l'assemblée générale, et cette décision préalable ne restreint pas ses droits légaux (art. 698 C.O.) d'approuver ou de refuser les préparatifs de l'administration concernant l'augmentation du capital ⁷⁰.

La décision préalable d'augmentation du capital social n'est que la première décision (Kapitalerhöhungsbeschluss). L'assemblée générale reste libre de prendre la deuxième décision de constatation (Feststellungsbeschluss), et cette dernière décision seule fait l'objet d'une inscription au registre du commerce ⁷¹.

⁷⁰ Voir Siegwart (Kommentar), ad. art. 650, N. 28 et 29.

⁷¹ Voir Siegwart, ad. art. 650, N. 29 et 42.

CONDITIONS DE RÉALISATION

Il convient d'étudier les questions suivantes :

§ 1. *Convocation de l'assemblée générale* ⁷²

Sauf le cas de la réunion des propriétaires ou des représentants de la totalité des actions pour délibérer et statuer sur tous les objets qui sont du ressort de l'assemblée générale (art. 701 C.O.), cette assemblée est convoquée suivant le mode établi par les statuts, mais dix jours au moins avant la date de sa réunion (art. 700, al. 1 C.O.). On ne peut pas réduire la durée de dix jours par une disposition statutaire ⁷³.

La convocation constitue une déclaration faite par l'organe compétent ⁷⁴ de la société et adressée aux actionnaires pour les informer de la date et du lieu déterminés pour la réunion de l'assemblée générale.

La convocation doit mentionner les objets portés à l'ordre du jour. Cet ordre du jour ne doit pas nécessairement contenir les propositions de l'administration ⁷⁵. Selon l'art. 700, al. 2 et 3 C.O. — évidemment, l'art. 701 C.O. est excepté — aucune décision ne peut être prise sur des objets qui n'ont pas été ainsi portés à l'ordre du jour, sauf sur la proposition de convoquer une assemblée générale extraordinaire. Il n'est pas nécessaire d'annoncer à l'avance les propositions et les délibérations qui ne doivent pas être suivies d'un vote.

⁷² Il faut prendre en considération l'art. 699, C.O., concernant le droit et l'obligation de convoquer l'assemblée générale.

⁷³ Voir Schucany, *Kommentar*, ad. art. 700, N. 2 ; Funk, ad. art. 700, N. 2.

⁷⁴ Selon von Steiger/Cosandey, p. 193 : « Seuls y sont légitimés les administrateurs, les contrôleurs, les liquidateurs et les représentants des obligataires (art. 699, al. 1, C.O.). Cette compétence n'appartient aux organes en question qu'en vertu d'une décision prise à la majorité. Un membre du conseil d'administration n'est donc pas en droit de convoquer, à lui seul, l'assemblée générale. Toutefois, cette compétence lui peut être reconnue en vertu de l'art. 717, al. 1 et 2, C.O. (par exemple, art. 33, al. 1 de la loi sur la Banque Nationale). Ainsi est-il d'usage que la convocation soit faite en règle générale par le président ou le vice-président. Une convocation peut aussi être ordonnée par le juge (art. 699, al. 4, C.O.) et par le curateur (art. 393, chiffre 4, C.C.S.). Pour que l'actionnaire sache de qui émane la convocation, celle-ci doit être signée. Il suffit cependant de mentionner le conseil d'administration. L'adjonction de noms de personnes n'est pas obligatoire. »

⁷⁵ Voir Funk, ad. art. 700, N. 3.

Pour que les actionnaires puissent se préparer à la discussion et au vote⁷⁶ concernant l'augmentation du capital social, les propositions relatives à la modification des statuts doivent être mises à la disposition des actionnaires au siège principal et aux succursales (art. 700, al. 1 C.O.).

Selon von Steiger⁷⁷, on peut renoncer à ce dépôt lorsque le texte modifié des statuts est envoyé aux actionnaires en même temps que la convocation. Tous les actionnaires doivent nécessairement être informés de la convocation⁷⁸. S'il y a des actions nominatives, l'art. 696, al. 4 C.O., prévoit pour l'assemblée générale ordinaire que « les titulaires d'actions nominatives, inscrits sur le registre des actions, doivent recevoir une communication spéciale »⁷⁹. Dans ce cas-là, des convocations personnelles sont nécessaires, mais von Steiger souligne avec raison que « cela n'exclut pas naturellement la possibilité d'ordonner des publications, lorsque le corps des actionnaires est très étendu ».

Si les actions sont au porteur, la convocation doit être en principe faite par publication dans les journaux. Lors de la convocation de l'assemblée ordinaire, une publication, au moins, doit être faite dans la F.O.S.C. et, en outre, dans la forme prévue par les statuts⁸⁰. (Art. 696, al. 3, et 626, ch. 7.)

L'assemblée générale ne peut prendre une décision que sur les points figurant à l'ordre du jour, mais elle peut décider de convoquer une assemblée générale extraordinaire, même si ce sujet n'a pas été mentionné à l'ordre du jour. Dans ce cas-là, il faut qu'elle ait le droit de statuer valablement⁸¹.

Dans le cas de la société anonyme à membre unique, ou dans le cas où les actions sont la propriété d'un nombre restreint de personnes (comme la société anonyme de familles)⁸², on peut tenir une assemblée générale — s'il n'y a pas d'opposition — sans observer les formes pré-

⁷⁶ Schucany, ad. art. 700, N. 3 ; Funk, art. 700, N. 3.

⁷⁷ Von Steiger, p. 195.

⁷⁸ Ibidem, p. 194.

⁷⁹ « Très souvent, en vertu d'une prescription statutaire, la convocation s'effectue par lettre recommandée. On s'assure ainsi que l'invitation a atteint chaque actionnaire. Mais d'après la loi, une convocation sous pli ouvert imprimé suffirait, « en opposition avec ce que prescrivait l'art. 641, al. 3, anc. C.O. ».

En revanche, la convocation doit être mise à temps à la poste, de telle sorte qu'à moins que les statuts ne fixent un plus long délai, le destinataire la reçoive dix jours au moins avant la date de réunion de l'assemblée. Le jour de la réunion n'est pas compté dans ce délai. » Voir von Steiger/Cosandey, p. 194.

⁸⁰ Schucany, ad. art. 626, N° 7 ; Funk, art. 700, N° 1.

⁸¹ Schucany, ad. art. 700, N° 4 ; von Steiger, p. 195.

⁸² Voir Kurt Kolb, p. 66.

vues pour sa convocation. Cette assemblée a le droit de délibérer et de statuer valablement sur tous les objets qui sont du ressort de l'assemblée générale (art. 701, al. 1 et 2 C.O.).

§ 2. *Les ayants droit à prendre part à l'assemblée générale*

E' principe, ce sont les anciens actionnaires seuls qui peuvent décider l'augmentation du capital et l'incorporation des réserves. Donc, dans la première assemblée générale — dans le cas de la réunion de deux assemblées générales successivement pour l'augmentation du capital social — seuls les anciens actionnaires ou leurs représentants prennent part à la décision, tandis que, dans la deuxième assemblée générale, les nouveaux actionnaires qui ont souscrit les nouvelles actions, sont admis à prendre part au vote (A.T.F. 4, II, 724)⁸³ et constater la réalisation de la décision de la première assemblée générale portant augmentation du capital social avec émission des actions en public totalement ou partiellement (avec incorporation des réserves ou bénéfices dans l'incorporation partielle). Car, selon l'art. 694 C.O., le droit de vote prend naissance dès que le versement fixé par la loi ou les statuts a été opéré sur l'action. Il va de soi que ces nouveaux actionnaires doivent — dès la souscription des actions — effectuer les versements nécessaires (art. 633 C.O.), et, puisqu'ils ont participé à l'établissement du nouveau capital, ils ont le droit de participer aux décisions de l'assemblée générale sur le sort de la société dont ils sont les actionnaires⁸⁴.

Si les nouveaux actionnaires étaient victimes d'un vice de consentement après l'inscription de l'augmentation du capital au registre du commerce, ils ne peuvent pas — donc comme dans le cas de la fondation — invoquer ce vice de consentement. Mais si le vice de consentement a été invoqué avant l'inscription de l'augmentation du capital, ils peuvent invoquer l'annulation de la souscription⁸⁵.

Celui qui, en sa qualité d'actionnaire, a le droit de vote, a également le droit de prendre part à l'assemblée générale. Mais l'actionnaire ayant droit de vote peut présenter lui-même ses actions à l'assemblée générale ou les faire représenter par un tiers qui, sauf disposition

⁸³ Voir Siegwart, ad. art. 650, N° 41 ; von Steiger/Cosandey, p. 298 ; Balaster, pp. 95 et 136 ; voir également S.A.S. 5, 104, et S.J.Z. 13, 386.

⁸⁴ Voir Balaster, p. 95, N° 5 ; Siegwart, ad. art. 653, N° 5.

⁸⁵ Voir Siegwart, ad. art. 629-639, N° 32 et suivant et ad. art. 650, N° 43. Voir également A.T.F. 39, II, p. 35.

contraire des statuts, ne sera pas nécessairement un actionnaire (art. 689, al. 2 C.O.).

Il peut même, s'il possède plusieurs actions, les faire représenter par plusieurs représentants⁸⁶.

Les statuts peuvent restreindre ce droit de représentation, mais ils ne peuvent pas l'interdire. Schucany⁸⁷ est allé jusqu'à dire que ce droit de représentation est un droit acquis de l'actionnaire qui dérive de la faculté de participer à l'assemblée générale (art. 646, al. 2 C.O.) et qui ne peut pas, selon lui, être enlevé ou restreint, dans le fond, mais les statuts peuvent prescrire que — pour les actions nominatives — le représentant doit être un actionnaire.

Sauf dispositions contraires des statuts, un actionnaire possédant plusieurs actions peut les faire représenter par plusieurs représentants, parce que chaque action contient un droit indépendant de participation⁸⁸, cela veut dire que chaque action contient des droits inhérents à la qualité d'actionnaire.

Mais von Steiger paraît admettre la possibilité d'interdire la représentation des actionnaires, si cette interdiction a été mentionnée dans les statuts primitifs⁸⁹ ; il souligne qu'« on ne voit pas non plus l'intérêt qu'aurait le législateur à écarter une disposition statutaire qui interdirait aux actionnaires de voter par l'entremise d'un représentant. Mais bien entendu, une telle interdiction devrait figurer dans les statuts primitifs. »

Nous croyons qu'une telle interdiction de représenter les actionnaires serait contraire à l'art. 646, al. 2 C.O., et à la faculté de participer à l'assemblée générale et lèse les droits inhérents à la qualité d'actionnaire. D'ailleurs, nous n'avons pas vu dans la pratique suisse une telle interdiction apportée aux statuts primitifs d'une société anonyme. Sans doute, les statuts peuvent réduire ou restreindre ce droit de représentation, mais ils ne peuvent pas l'interdire. C'est l'avis également de Bürgi⁹⁰ qui considère — avec la doctrine moderne en Suisse — une telle interdiction comme illégale, puisque ce droit de représentation est un des droits inhérents à la qualité d'actionnaire (Mitgliedschaftsrecht).

⁸⁶ Voir Funk, ad. art. 689, N° 3 ; Bürgi, ad. art. 689, N° 20 ; Schucany, ad. art. 689, N° 2.

⁸⁷ Schucany, ad. art. 689, N° 2 ; ad. art. 646, N° 6, et ad. art. 627, N°s 13 et 14.

⁸⁸ Voir Funk, ad. art. 689, N° 3 ; Schucany, ad. art. 689, N° 2.

⁸⁹ Von Steiger/Cosandey, p. 191.

⁹⁰ Bürgi, « Kommentar », ad. art. 689, N°s 17, 18, 19.

C'est pour cette raison que les auteurs suisses admettent qu'une restriction de ce droit légitime de la représentation ne peut être apportée qu'aux statuts primitifs, et qu'une restriction postérieure lèse les droits acquis de l'actionnaire ⁹¹.

Les statuts peuvent prévoir qu'un actionnaire n'a le droit de se faire représenter que par un autre actionnaire. Cette restriction est prévue à l'art. 627, ch. 10 C.O., et inspirée de l'art. 689, al. 2 C.O. ⁹². Ils peuvent également prévoir qu'un actionnaire ne saurait voter d'actions appartenant à un tiers que pour un nombre déterminé.

Von Steiger ⁹³ cite des statuts qui interdisent aux administrateurs de représenter des actions autres que celles qu'ils possèdent personnellement ; selon von Steiger, on trouve aussi des prescriptions statutaires obligeant l'actionnaire qui ne veut pas lui-même user de son droit de vote à ne le remettre qu'à un représentant unique. Ces statuts défendent de répartir les actions d'un seul actionnaire entre les mains de plusieurs représentants. Von Steiger signale aussi qu'« il y aura également lieu d'exclure la représentation par un étranger, lorsque le transfert des actions ne peut, en vertu des statuts, s'opérer que dans les mains de ressortissants suisses » ⁹⁴.

Selon l'art. 689, al. 3 C.O., « pour représenter une action nominative, il faut des pouvoirs écrits ». Donc, la procuration orale sera sans effet. Cette procuration écrite doit être signée par l'actionnaire inscrit au registre des actions ⁹⁵, tandis que, pour les actions au porteur, il suffit de la possession du titre pour se légitimer envers la société en

⁹¹ Voir Bürgi, ad. art. 689, N° 22 ; Funk, ad. art. 689, N° 3 ; von Steiger aussi (p. 191) exige qu'une telle restriction doit être mentionnée aux statuts primitifs, même s'il ne reconnaît pas que le droit de représentation est un droit acquis de l'actionnaire.

⁹² Voir Guhl : F.J.S., Nr. 394, 1 b ; Bürgi, ad. art. 689, N° 21. Voir également Schucany, ad. art. 627, N° 14.

⁹³ von Steiger/Cosandey, p. 191.

⁹⁴ Ibidem, p. 191. Voir également Bürgi, ad. art. 689, N° 21.

⁹⁵ Voir Funk, ad. art. 689, N° 4 ; Schucany, ad. art. 689, N° 3. Voir également von Steiger, p. 191, qui affirme avec raison qu'« il s'agit ici d'une obligation absolue qui doit être respectée. Une procuration orale serait sans effet. En revanche, les statuts peuvent éventuellement être plus impératifs encore et prévoir, par exemple, une signature légalisée. Si le contenu de la procuration limite les pouvoirs de son titulaire, par exemple, ne lui permet de voter que lors de la nomination des administrateurs, il faudra en tenir compte. Le représentant ne serait donc pas admis, en pareil cas, à voter au nom de l'actionnaire, à l'occasion d'une décision portant augmentation du capital. Les représentants légaux de personnes morales, de femmes mariées, de personnes incapables ou privées partiellement de l'exercice des droits civils, n'ont pas besoin de procuration. Ils se légitimeront éventuellement en présentant un extrait du registre du commerce, un certificat de mariage, un extrait du registre des régimes matrimoniaux ou un acte constatant la tutelle. »

exerçant le droit de vote⁹⁶. Cette légitimation a lieu par la production des actions au porteur ou de toute autre manière prescrite par le conseil d'administration (art. 689, al. 4 C.O.).

C'est pour cette raison que les restrictions apportées dans les statuts primitifs au droit de l'actionnaire de se faire représenter ne valent que pour les actions nominatives inscrites au registre des actions⁹⁷ et non pour les actions au porteur dont la possession permet au possesseur d'exercer le droit de vote.

Si des actions ont été mises en gage, déposées ou prêtées, les rapports entre propriétaire et possesseur sont régis en ce sens que le propriétaire reste ayant droit de vote : si le possesseur doit exercer le droit de vote à la place et dans l'intérêt du propriétaire, le pouvoir de représentation doit être contenu dans un document spécial (art. 689, al. 5).

En ce qui concerne les actions frappées d'usufruit, le propriétaire de ces actions a le droit de prendre part à l'assemblée générale, mais le droit de vote appartient à l'usufruitier⁹⁸ (art. 690, al. 2).

Il convient aussi de remarquer que si une action est la propriété de plusieurs personnes, il faut appliquer l'art. 690, al. 1 C.O., qui prévoit que celles-ci ne peuvent exercer que par un représentant commun les droits attachés à leur titre.

En outre, les personnes incapables d'exercer les droits civils sont représentées par leurs représentants légaux, de même les actions de la femme mariée peuvent être représentées par le mari, si les époux sont placés sous le régime de l'union des biens⁹⁹.

Il reste à considérer que, bien que les actionnaires ne soient pas tenus à assister à l'assemblée générale, il y a certaines personnes qui ne possèdent pas le droit de vote ou qui ont une voix consultative seulement « peuvent être autorisées, elles aussi, voire contraintes, à assister à l'assemblée générale »¹⁰⁰, comme l'office de contrôle qui est tenu d'assister à l'assemblée générale ordinaire (art. 729, al. 4 C.O.).

⁹⁶ Schucany, ad. art. 689, N° 4 ; Funk, ad. art. 689, N° 5.

⁹⁷ Voir Bürgi, ad. art. 689, N° 24 ; Schucany, ad. art. 689, N° 2.

⁹⁸ Voir Stadlin, S.A.S. XVII, p. 189. Voir également Guhl F.J.S. Nr. 394, 1. Et selon lui, la loi accorde ce droit de vote à l'usufruitier, mais elle le rend responsable envers le propriétaire s'il ne prend pas les intérêts de ce dernier en équitable considération lors du vote, par exemple, en ce qui concerne le dividende auquel il a droit, la constitution de réserves nécessaires et indispensables au maintien de l'entreprise (art. 690, al. 2 C.O.).

⁹⁹ Voir von Steiger/Cosandey, p. 189.

¹⁰⁰ Von Steiger signale à la p. 190 qu'« alors que des associations et des coopératives imposent statutairement à leurs membres l'obligation de prendre part à l'assemblée générale et frappent d'amendes les absents qui ne présentent pas d'excuses, la société anonyme ne saurait envisager de telles exigences ».

§ 3. Le rapport de l'administration :

Si l'augmentation du capital social est proposée, partiellement par l'incorporation des réserves au capital social, et le reste par apports en nature, s'il s'agit dans notre cas susmentionné des reprises de biens, ou si des avantages sont accordés¹⁰¹ aux nouveaux souscripteurs ou à d'autres personnes, un rapport de l'administration comme le rapport des fondateurs (art. 630 C.O.) doit être dressé, conformément à l'art. 650, al. 2 C.O. Les dispositions des articles 628 et 629 C.O. sont ici applicables. Les statuts doivent donc être modifiés conformément aux nouvelles dispositions des apports en nature, des reprises de biens et des avantages particuliers¹⁰².

Donc, dans ce cas, les dispositions de la fondation s'appliquent obligatoirement à l'augmentation du capital social (art. 650, al. 2), puisque la nature de cette opération le permet. Il s'agit de sauvegarder les intérêts de la société, des nouveaux actionnaires et des prochains créanciers sociaux.

Il est donc très justifié de procéder à ce rapport de l'administration pour mettre les actionnaires au courant, et il doit être aussi détaillé que les rapports des fondateurs. Il doit contenir les mêmes renseignements sur la nature et l'état des apports ou reprises, sur les éléments de leur appréciation et les actions remises en échange, ou les autres prestations assumées par la société, ainsi que, s'il s'agit des avantages particuliers, sur la raison de ces avantages et les éléments de leur appréciations (art. 630 C.O.)¹⁰³.

¹⁰¹ A notre avis, il est possible, au moins, du point de vue théorique que des avantages soient accordés aux actionnaires, même s'il s'agit d'une augmentation du capital social entièrement libéré par incorporation des réserves ou des autres moyens financiers propres à la société. Dans ce cas le rapport de l'administration, en quelque sorte de ressemblance avec le rapport des fondateurs (art. 630 C.O.) doit être aussi détaillé que celui-ci.

¹⁰² Voir von Steiger/Cosandey, p. 298 ; Siegwart, ad. art. 650, N° 34.

¹⁰³ Voir Schucany, ad. art. 630, N°s 5 et 6 ; Siegwart, ad. art. 630, N° 5 et suivant ; Funk, ad. art. 630, N° 2 et suivant.

Von Steiger souligne à la p. 100 pour le rapport des fondateurs qu'« il y aura lieu d'indiquer les faits essentiels sur lesquels se fonde l'estimation du prix des biens apportés ou repris, c'est-à-dire tout ce qui, raisonnablement, permet de porter un jugement personnel sur le bien-fondé des prestations de la société, « les choses usagées ou à l'état de neuf, éventuellement l'ancien prix d'achat, estimation, valeur vénale et valeur de rendement des immeubles, impenses faites ou à faire, frais d'installations, etc... ». Lorsque la société accepte un ensemble de valeurs, par exemple une fortune avec actif et passif, chaque poste devrait être justifié en tenant compte d'une valeur commerciale intrinsèque (clientèle, goodwill). Le rendement antérieur joue naturellement un rôle en pareil cas. Il faudrait aussi démontrer que les avantages particuliers concédés à certaines personnes sont justifiés et n'excèdent pas les capacités financières de la société. Les fondateurs

Mais il faut prendre en considération le fait que si le rapport des fondateurs, prévu à l'art 630 C.O., est obligatoire seulement dans le cas de la fondation successive (art. 629 C.O.), le rapport de l'administration est nécessaire « en tout état de cause lors d'une augmentation du capital, c'est-à-dire même si la société ne se compose que de quelques personnes » ¹⁰⁴.

Remarquons que, dans le même cas d'augmentation du capital social — et comme dans le cas de la fondation — le rapport n'est pas nécessaire lorsque le capital est entièrement libéré en argent et lorsque n'intervient ni apport en nature, ni reprise de biens, ni octroi d'avantage particulier, lorsque — pour le rapport des fondateurs — il ne s'agit pas de souscription publique. Mais pour l'augmentation du capital social le rapport de l'administration est obligatoire, même s'il ne s'agit pas d'une souscription publique ¹⁰⁵ (demeurent réservées les condition de l'art. 650, al. 2 C.O.), contrairement au prospectus qui n'est nécessaire que si les actions nouvelles sont offertes en souscription publique.

Les autorités exigent le rapport de l'administration s'il s'agit d'une procédure successive ou simultanée, contrairement au cas de la fondation, où le rapport des fondateurs est obligatoire seulement si la fondation est successive par émissions publiques ¹⁰⁶.

Le rapport de l'administration, comme les nouveaux statuts adoptés par l'assemblée générale, doivent être annexés à l'acte authentique (art. 638). L'acte authentique relatif à la décision de l'assemblée générale doit mentionner les pièces sur lesquelles se fonde la décision de l'assemblée générale augmentant le capital social (art. 639 C.O.).

Il est donc indispensable, vu l'importance donnée au rapport de l'administration, d'imposer aux administrateurs une grande responsabilité du fait que les nouveaux actionnaires peuvent se rapporter aux déclarations données par l'administration dans le cas d'une « augmentation qualifiée » ¹⁰⁷.

se verront ainsi contraints de rendre apparents vis-à-vis d'eux-mêmes, des autres souscripteurs et des futurs créanciers les circonstances spéciales qui permettent l'octroi d'avantages particuliers ou l'acceptation d'apports en nature, ou encore la reprise de biens ».

¹⁰⁴ Von Steiger/Cosandey, p. 298 et suivantes, et p. 100.

¹⁰⁵ Von Steiger/Cosandey, p. 100 ; Balaster, p. 101.

¹⁰⁶ Voir Balaster, p. 101.

¹⁰⁷ « Qualifizierte Kapitalerhöhung », cela veut dire augmentation du capital social avec apports en nature ou reprises de biens ou octrois d'avantages particuliers. Voir Balaster, p. 101.

Cette responsabilité, découlant des art. 752, 754, 755 C.O., est semblable à la responsabilité des fondateurs (art. 753).

Les administrateurs répondent à l'égard de la société, de même que de chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs (art. 754 C.O.). En outre, il faut prendre en considération les dispositions des art. 752, 755, 760 C.O.

§ 4. *Le prospectus*

Contrairement au rapport de l'administration, le prospectus n'est nécessaire qu'en cas de souscription publique (art. 651, al. 1) et si le bulletin de souscription ne contient pas les indications mentionnées à l'art. 651, al. 2 ¹⁰⁸.

Il y a souscription publique, lorsque les actions sont offertes à un nombre indéfini de personnes ¹⁰⁹ et non pas exclusivement à certaines personnes.

Et si nous parlons de prospectus, c'est parce que nous croyons possible une augmentation du capital social libéré partiellement par l'incorporation des réserves, le reste du capital étant souscrit en public par l'émission de nouvelles actions ¹¹⁰. Dans un pareil cas, le prospectus est obligatoirement prévu par la loi.

En cas d'augmentation du capital, le prospectus doit être établi sous des règles plus difficiles et sévères que dans le cas de fondation ; il doit indiquer le dernier compte des profits et pertes et le dernier bilan, les emprunts par obligation qu'à émis la société, de même les dividendes payés pendant les cinq dernières années ou depuis la fondation. Toutes ces indications nécessaires mentionnées à l'art. 651, al. 2 C.O., permettront aux souscripteurs de connaître clairement la situation de la société. Le prospectus, dans le cas d'une augmentation du capital, et contrairement au prospectus dans le cas d'une fondation, art. 631, ne doit pas être nécessairement signé de tous les administrateurs, mais il suffit d'être signé au nom de l'administration par une personne chargée de représenter la société. Evidemment, dans le cas de la fondation, un fondateur ne peut

¹⁰⁸ Siegwart, ad. art. 651, N° 1.

¹⁰⁹ Voir Steiger/Cosandey, pp. 101 et 301 ; von Salis, p. 160.

¹¹⁰ Si l'augmentation du capital s'est produite par l'élévation de la valeur nominale des actions, le prospectus sera superflu (voir Scherrer, Festgabe, p. 56), puisqu'il ne s'agit pas dans ce cas d'une souscription publique et ce sont seulement les anciens actionnaires qui participent à la constitution du nouveau capital.

pas représenter les autres fondateurs, tandis que le représentant de la société a reçu le mandat d'agir au nom de l'administration, comme l'a très justement souligné l'éminent juriste suisse Siegwart ¹¹¹.

Parmi les indications les plus nécessaires du prospectus figurent la décision relative à l'augmentation du capital social, le montant du nouveau capital, le nombre des actions et leur valeur nominale, leur espèce et leur prix d'émission, les actions à droit de vote privilégié ou à droit préférentiel de souscription, nominatives ou au porteur ¹¹².

Nous ajoutons aussi : le montant des réserves incorporées au capital social, leur sorte, s'il s'agit d'une réserve extraordinaire ou statutaire, et les actions distribuées aux anciens actionnaires, ou la valeur nominale des actions si l'incorporation partielle a été faite par l'élévation de la valeur nominale des actions anciennes.

Aussi faut-il que le prospectus indique l'époque à compter de laquelle les nouvelles actions donneront droit à des dividendes et les restrictions qui seraient apportées à ce droit, de même que les privilèges qui seraient accordés (art. 652, ch. II). Il faut bien comprendre dans ces restrictions les dispositions statutaires concernant le maximum de dividende ¹¹³.

Le prospectus doit contenir en plus des indications prévues à l'art. 631 C.O. des « renseignements complémentaires permettant au public de se rendre compte de l'importance et de la marche de l'entreprise » ¹¹⁴.

§ 5. *Le bulletin de souscription* (art. 632, 635, 650, al. 3 C.O.)

La doctrine suisse et la pratique admettent qu'en cas d'augmentation du capital social par l'incorporation des réserves ou d'autres moyens financiers de la société (aus Gesellschaftsmitteln), il n'est pas nécessaire de soumettre à l'assemblée générale des bulletins de souscription signés par les actionnaires, puisqu'on ne demande à l'actionnaire aucun apport ¹¹⁵, ni en nature, ni en espèces, et puisque le nouveau capital est intégralement libéré par la transformation des réserves. Le bulletin de souscription a — lors de la fondation — le sens d'adhésion de l'action-

¹¹¹ Siegwart, ad. art. 651, N° 1.

¹¹² Voir Siegwart, ad. art. 651, N° 8.

¹¹³ Schucany, ad. art. 651, N° 12; Siegwart, ad. art. 651, N° 8.

¹¹⁴ Von Steiger/Freymond, Les inscriptions, p. 69. Voir également A.T.F. 67, I, p. 268 et S.A.S. XIV, pp. 173 et suivantes.

¹¹⁵ Voir Siegwart, ad. art. 650, N° 7; von Steiger/Cosandey, p. 293 et S.A.S. Bd. 28, p. 37; de Senarclens, p. 72; von Steiger, Z.G.H.K.R. 1955, tome 118, fascicule 4, p. 176.

naire futur à la société en fondation, et l'engagement de verser le montant de ses actions ¹¹⁶.

Dans le cas de l'incorporation des réserves au capital social, l'actionnaire a déjà adhéré à la société, et il ne s'agit pas d'un nouvel engagement. Pour cette raison, et nous l'affirmons avec von Steiger ¹¹⁷, il est superflu d'exiger des bulletins de souscription dans le cas où le capital augmenté est entièrement libéré par l'incorporation des réserves. Donc une souscription n'intervient pas ¹¹⁸. Si l'on constate ultérieurement que les réserves incorporées ont été fictives, il faut annuler la décision d'incorporation des réserves au capital, sans prendre en considération la bonne ou la mauvaise foi des actionnaires ou des créanciers ¹¹⁹ et comme le dit von Steiger ¹²⁰ « la pratique du Registre du commerce suisse applique à l'augmentation du capital par prélèvement sur les fonds propres les mêmes règles que pour la libération des actions par compensation. La constatation de la souscription n'a pas lieu, mais l'assemblée générale doit toutefois constater régulièrement la libération en se fondant sur un extrait légalisé des livres comptables de la société ou sur une attestation notariée établissant l'existence des réserves libres nécessaires. Les articles 80 et 83 de l'ordonnance sur le Registre du commerce sont donc appliqués par analogie ».

Mais la question se pose autrement si le capital augmenté est constitué partiellement par la transformation des réserves ou des bénéfices au capital. Dans ce cas, les montants demandés aux actionnaires « doivent être couverts par les bulletins de souscription, même lorsqu'une libération immédiate n'est pas requise. Car un actionnaire ne peut être astreint à de nouveaux versements » ¹²¹.

Or, dès le moment où les bulletins de souscriptions sont nécessaires pour procéder à l'émission de nouvelles actions, les prescriptions concernant la souscription lors de la fondation sont applicables, en principe,

¹¹⁶ Bächler, p. 31 ; de Senarclens, p. 72 ; Funk, art. 632, N° 1.

¹¹⁷ Von Steiger/Cosandey, p. 293.

¹¹⁸ Z.G.H.K.R. 1955, tome 118, fascicule 4, p. 178 ; adaptation française, p. 26.

¹¹⁹ Voir Siegwart, ad. art. 650, N° 7.

¹²⁰ Z.G.H.K.R. 1955, tome 118, fascicule 4, p. 178, adaptation française, p. 26.

¹²¹ Von Steiger/Cosandey, p. 293. Voir également Scherrer, pp. 72 et 88 ; de Senarclens affirme avec raison qu'« une augmentation du capital par l'incorporation des réserves n'implique la signature d'un bulletin de souscription par les nouveaux actionnaires que si la société ne libère pas intégralement les nouveaux titres : dans ce cas, les actionnaires doivent s'engager par souscription à verser au besoin le montant non libéré, en cas de faillite, ils répondent personnellement de ce montant (art. 213, al. 1 L.P.) », p. 73.

« aussi bien dans la forme que dans la lettre, à la souscription de nouveaux titres. Cette souscription doit être effectuée également par les personnes faisant des apports en nature et par les anciens actionnaires possédant le droit préférentiel de souscription. Les souscriptions se font par écrit et elles se réfèrent à la décision portant augmentation du capital et, s'il s'agit d'une souscription publique, au prospectus (art. 650, al. 3 C.O.). Le bulletin de souscription doit en particulier faire ressortir combien d'actions et quelles actions (actions nominatives ou au porteur, actions ordinaires ou de priorité) le souscripteur entend souscrire, ainsi que le nom de la société qui les émet. Il indique aussi le prix d'émission des actions et la date jusqu'à laquelle le souscripteur est lié. Autant que possible, la souscription d'actions ne devrait pas être conditionnelle (voir art. 632, al. 4 C.O.). Mais comme lors de la fondation, le souscripteur n'est lié que si la société se constitue effectivement, il redeviendra libre si l'augmentation du capital n'est pas réalisée dans le délai mentionné au bulletin de souscription » ¹²².

Comme les fondateurs d'une société anonyme, les administrateurs sont responsables, dès la signature des bulletins de souscription, de remplir très justement leur tâche de réunir la deuxième assemblée générale et de faire inscrire les modifications apportées aux statuts au registre du commerce ¹²³.

Remarquons aussi que la souscription en tant que déclaration de volonté — comme l'a déclaré le T.F. (A.T.F. 64, II, p. 281) — de s'engager à verser les sommes souscrites moyennant un nombre d'actions correspondant, cette déclaration de volonté n'oblige — dans le cas de la fondation — que si la société se constitue (art. 632, al. 2 C.O.), et après son inscription dans le registre du commerce, elle n'oblige aussi dans le cas d'une augmentation du capital social qu'après la réalisation de cette augmentation et son inscription dans le registre du commerce. C'est pour cette raison que le bulletin de souscription doit indiquer la date jusqu'à laquelle le souscripteur est lié, car, comme dans le cas de la fondation, le souscripteur ne peut pas être obligé pour un temps indéterminé ¹²⁴ (art. 632, al. 3, art. 651, ch. 12 C.O.).

Le souscripteur ne peut pas être obligé, si le nouveau capital n'est pas intégralement souscrit, si la deuxième assemblée générale refuse de procéder à l'augmentation du capital social, ou si elle modifie une des

¹²² Von Steiger/Cosandey, p. 300. Voir également Schucany, ad. art. 632,

¹²³ Voir Funk, ad. art. 632, N° 1.

¹²⁴ S.A.S. IX, p. 83 ; Siegwart, ad. art. 650, N° 44 ; Kurt Kolb, p. 76.

conditions essentielles de l'augmentation du capital social, comme si elle change, par exemple, le montant du capital augmenté¹²⁵.

En tant que l'administration n'a pas encore accepté la souscription, celle-ci peut être annulée¹²⁶. Aussi faut-il prendre en considération les dispositions de l'art. 632, al. 4 C.O., concernant le refus de la souscription conditionnelle et il faut appliquer cette règle également dans le cas de l'augmentation du capital social.

Aussi bien pour l'augmentation du capital que pour la fondation d'une société anonyme, le souscripteur ne peut pas invoquer un vice de volonté, si l'augmentation du capital, modifiant les statuts de la société, a été inscrite au registre du commerce. Il s'agit de maintenir l'intangibilité du capital social. Donc, aussi longtemps que l'augmentation n'est pas inscrite au registre du commerce, le souscripteur peut contester l'obligation découlant de sa souscription pour le motif d'erreur, de dol ou de menace, et il peut réclamer les sommes déjà versées ou refuser un nouveau versement¹²⁷.

Il s'agit de savoir si la dissolution de la société prévue à l'art. 643, al. 3 C.O. lors de la fondation d'une société anonyme et lorsque les intérêts de créanciers ou d'actionnaires sont gravement menacés ou compromis par le fait que des dispositions légales ou statutaires ont été violées, si cette possibilité de dissoudre la société par le juge à la requête d'un de ses créanciers ou actionnaires, est applicable dans le cas d'une augmentation de capital social. Nous n'hésitons pas à nous prononcer d'une façon négative et nous affirmons avec Siegwart¹²⁸ que les dispositions de l'art. 643 C.O. ne sont pas applicables par analogie au cas de l'augmentation du capital social, parce que la dissolution d'une société existant déjà depuis longtemps compromet les intérêts beaucoup plus que la dissolution d'une société qui vient de se constituer. D'ailleurs, comment pourrions-nous prononcer la dissolution d'une société pour le fait que les dispositions légales et statutaires ont été violées lors de l'augmentation, si les bases du capital ancien sont tout à fait intactes ?

¹²⁵ Von Steiger/Cosandey, p. 105.

¹²⁶ Von Steiger/Cosandey, p. 105.

¹²⁷ Voir Siegwart, ad. art. 650, N° 43, ad. art. 629/39, N°s 21 ss et 32, 628, N° 19. Voir également von Steiger, p. 301 et 106. A.T.F. 39, II, 35 ; A.T.F. 32, II, 103 ; Guhl, S.A.S. VII, p. 165.

¹²⁸ Kommentar, ad. art. 651, N° 45. Balaster, p. 84, soutient aussi la même opinion.

Pour que le capital social soit effectivement apporté, lors de la fondation d'une société anonyme ou lors de l'augmentation de son capital durant la vie de la société, le législateur suisse a pris des mesures particulières et sévères sur la responsabilité des fondateurs et des administrateurs (art. 752 C.O. et suivant), spécialement l'art. 753 pour la responsabilité des fondateurs et l'art. 754 C.O. — dispositions analogues sur les administrateurs lors de l'augmentation du capital social ¹²⁹ — il est allé même jusqu'à la possibilité de prononcer la dissolution de la société (art. 643), si des dispositions légales ou statutaires ont été violées lors de la fondation ou après, pour de justes motifs (art. 736, ch. 4 C.O.) ¹³⁰. Ces dispositions légales sont prévues pour garantir — spécialement dans le cas de la constitution du capital par apports en nature — que le capital soit — lors de la fondation ou l'augmentation du capital social — constitué et libéré conformément à la loi ¹³¹.

Si le capital est constitué ou augmenté en argent, il n'y a pas de danger, mais le danger apparaît si le capital est constitué partiellement ou intégralement par apports en nature, vue la valorisation partielle et l'influence des personnes qui présentent ces apports en nature pour les faire valoriser au prix plus haut que leurs valeurs réelles.

Pour cette raison, l'art. 650, al. 2, exige l'application — en cas d'augmentation de capital — des dispositions relatives aux apports en nature, aux reprises de biens, et à l'octroi d'avantages particuliers, applicables lors de la fondation.

Donc, les articles 628, 630, 631, al. 2, ch. 2, 633, 635, 636, 638, al. 2, ch. 3, 641, ch. 6, s'appliquent à l'augmentation du capital social par apports en nature ou reprises de biens ou avantages particuliers, pour mettre la situation financière de la société en évidence

¹²⁹ Nous vous renvoyons, pour les détails, à W. Schmid, p. 65. Voir également A. Wieland, « Die Haftbarkeit der Verwaltungsräte einer A.G. gegenüber dem Aktionär und dem Gläubiger nach OR Art. 674 », Z.S.R. 23, p. 260; Albert Morant « Die Gründung der A.G. nach neuem Recht, insbesondere Gründungsverantwortlichkeit und Auflösungsklage ». Dissertation, Berne 1939.

J.-E. Henggeler: Die zinsrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankgesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1937.

¹³⁰ Voir Siegwart, ad. art. 628, No 5.

¹³¹ Siegwart, ad. art. 628, Nos 1 et suivants jusqu'à No 5; von Steiger/Cosandey, p. 74. Voir également: S. de Felice, Les apports en nature dans la fondation de la société anonyme, Z.S.R. 42, p. 90. Voir également W. Schmid, pp. 54, 59 et 65 et Balaster, pp. 38 et suivantes.

dans le but « d'informer les personnes participant à la fondation de la société et de protéger, d'une manière aussi durable que possible, les tiers contre le danger de l'achat d'actions ou de l'octroi de crédits » ¹³². Il en résulte que la protection est exigée par la loi pour les actionnaires souscripteurs, pour ceux qui leur succéderont après le transfert des droits attachés aux actions et pour les créanciers sociaux contre le risque qui existe dans une société qui ne possède pas encore les organes nécessaires pour la défense de ses intérêts et où les fondateurs sont réputés tout puissants ¹³³.

Le danger de la surestimation n'apparaît pas seulement dans le cas des apports en nature, mais également dans le cas où la société lors de la fondation ou l'augmentation du capital reprend immédiatement ou plus tard des biens d'un actionnaire ou d'un tiers. En effet, dans ce dernier cas, lorsque ces biens sont repris à un prix excessif, le capital social est affaibli dès l'origine et en réalité une partie seulement est versée ¹³⁴. Comme le souligne Siegwart ¹³⁵, si l'aliénateur de ces biens repris par la société n'est pas un actionnaire, il y a un danger, car le tiers ne s'intéresse pas au sort de la société et à sa prospérité, alors que les actionnaires ou les fondateurs ont — en principe — intérêt que les affaires de la société marchent en leur faveur.

Il convient aussi de remarquer que l'on trouve souvent dans la pratique une combinaison d'apports en nature et que la société reprenne de la même personne des biens. Dans ce cas, les prestations de la société doivent être présentées de deux manières :

1. En ce qui concerne les apports en nature, les prestations de la société doivent être sous forme d'actions.
2. En ce qui concerne la reprise de biens, la contre-partie offerte par la société ne consiste pas en actions mais en argent ou autres moyens de paiement. Il s'agit donc dans le cas de la reprise de biens d'un droit individuel découlant d'un contrat habituellement de vente ¹³⁶ et peut-être aussi un contrat d'échange ¹³⁷.

Donc la personne qui fait un apport en nature reçoit en contre-partie une quote-part, une participation aux droits inhérents à la

¹³² Von Steiger/Cosandey, p. 75. Voir également S.A.S. VII, pp. 31 et suivante.

¹³³ De Felice, Z.S.R. 42, p. 204 a.

¹³⁴ Von Steiger/Cosandey, p. 76.

¹³⁵ Siegwart, ad. art. 628, N° 48.

¹³⁶ Voir J. von Gierke, p. 274.

¹³⁷ Fischer, p. 124.

qualité d'actionnaire ou une contre-valeur d'actions qui fait partie du capital social, tandis que la personne à qui la société reprend des biens ne devient pas nécessairement un actionnaire. Elle n'a qu'un droit de créance et non un droit de participation, puisque cette reprise de biens ne confère pas la qualité d'actionnaire. Mais il faut pourtant préciser que le législateur suisse a — dans une large mesure — mis la reprise de biens sur le même pied que l'apport en nature. Dans le cas de reprise de biens, il s'agit en l'occurrence de la reprise de valeurs qui peuvent faire l'objet d'un apport en nature et qui doivent constituer la base partielle ou totale de l'exploitation ¹³⁸.

Ce droit individuel dans le cas de reprise de biens a « freilich erst durch einen körperschaftsrechtlichen Vorgang die Wirksamkeit erhält » ¹³⁹.

Il reste à remarquer que — dans le cas de l'augmentation du capital — les sûretés exigées par l'art. 63, al. 4 C.O., sur les rapports en nature ne présentent pas de difficulté puisqu'il ne s'agit pas d'une fondation de la société « Weil dem Sacheinleger eine bereits bestehende juristische Person als Empfängerin gegenübersteht » ¹⁴⁰.

Celui qui présente les apports en nature lors de l'augmentation du capital trouve devant lui une société déjà fondée qui a la personnalité juridique et non une société en fondation.

Les nouveaux statuts modifiés ¹⁴¹ (selon la décision d'augmentation du capital) doivent indiquer l'objet, la valeur et le prix de ces apports en nature, de même que le nom de l'actionnaire et le nombre des actions qui lui reviennent en échange (art. 628, al. 1 C.O. et art. 810 R.C.). Les bulletins de souscription de même que le rapport de l'administration et le prospectus font l'objet d'une telle publicité. Les conventions relatives aux apports en nature et aux reprises de biens — et non pas l'octroi des avantages particuliers qui ont été traités de la même manière aux art. 628, 630 et 636 C.O. ¹⁴² — sont soumises à l'assemblée générale qui constate la réalisation de l'augmentation du capital social (art. 635 C.O.). Il en est de même pour les bulletins

¹³⁸ Von Steiger/Cosandey, p. 79. Voir également A. Wieland, S.J.Z. 45, p. 33 et p. 51, p. 54; Wehrli, p. 15; Balaster, p. 43; W. Schmid, p. 55.

¹³⁹ Siegwart, ad. art. 628, N° 47, voir également Wehrli (Die Sachübernahmegründung), Zürich. Dissertation 1940, p. 102; Schucany, ad. art. 628, N° 4; von Steiger, p. 77, S.A.S. 28, p. 28; K. Huber (Die qualifizierte Gründung der G.m.b.H.), Bern. Dissertation 1939, pp. 54 et 61; Fischer, p. 124; Gierke, p. 274; Schulthess « Die verschleierte Apportgründung der A.G. ». Dissertation, Zurich 1934, p. 15; W. Wieland, p. 55; Balaster, p. 40 et suivante.

¹⁴⁰ Siegwart, ad. art. 650, N° 39.

¹⁴¹ Voir Z.B.G.R. 11, p. 227, Z.B.J.V., pp. 293 et 53, 246. S.J.Z. 13, p. 386.

¹⁴² Voir Schucany, ad. art. 635, N° 3.

de souscription, pour l'attestation de l'office de consignation désigné par le canton, pour le projet des statuts et, le cas échéant, pour le rapport de l'administration et pour le prospectus¹⁴³. La décision de l'assemblée générale sur les dispositions statutaires concernant les apports en nature, l'octroi d'avantages particuliers et les reprises de biens doit réunir au moins les voix de deux tiers de l'ensemble du capital social (art. 636). Sont inscrits sur le Registre du Commerce : l'objet et le prix des apports en nature, de même que les reprises de biens ainsi que l'étendue et la valeur des avantages concédés à des fondateurs ou à d'autres personnes (art. 641, N° 6 C.O.). Pour désigner les biens qui sont l'objet d'apports en nature ou de reprise, il faut le cas échéant mentionner aussi les postes passifs qui s'y rapportent (art. 81, al. 2 O.R.C.).

Cependant, il faut bien observer que dans le cas de reprise de biens, il n'est pas nécessaire qu'une prestation soit requise par la société et que l'actif et le passif des biens apportés peuvent se compenser à l'égard des tiers. Von Steiger¹⁴⁴ souligne que même dans ce cas-là, il y a reprise de biens, mais « puisque la difficulté de valoriser de tels biens est démontrée, on ne sait jamais exactement si la reprise est avantageuse ou non pour la société ».

Comme dans le cas de la fondation, la société doit pouvoir disposer directement des apports en nature dès l'inscription de l'augmentation du capital social au Registre du Commerce. Comme propriétaire, on a le droit de requérir l'inscription sans condition sur le registre foncier (art. 633, al. 3 C.O.). Cet alinéa présente une garantie incontestable pour la société et c'est la contre-partie des prescriptions concernant le minimum des versements dus aux actionnaires (art. 633, al. 3, 1, 2)¹⁴⁵, puisque dans le cas des apports en nature il ne s'agit pas de versements en espèces.

En ce qui concerne les dispositions de l'art. 643 sur l'inaccomplissement des conditions légales, nous avons déjà admis qu'elles ne sont pas applicables dans le cas de l'augmentation du capital et que la dissolution de la société n'est pas possible. Nous ajoutons ici que si des apports en nature, des reprises de biens ou des avantages particuliers ont été faits en violation des dispositions légales ou statutaires lors

¹⁴³ Siegwart, ad. art. 634-636, N° 29.

¹⁴⁴ Von Steiger/Cosandey, p. 77 ; voir également Siegwart, ad. art. 628, N° 50.

¹⁴⁵ Voir à ce sujet Siegwart, ad. art. 633, N° 27 ; Schucany, ad. art. 633, N° 5 ; von Steiger, p. 77 ; Andermatt, S.A.S. 12, p. 162 ; Balaster, p. 53 et Z.B.G.R. 1941, p. 26, N° 11.

de l'augmentation du capital, on ne peut pas demander l'annulation de l'augmentation du capital social, de même qu'on ne peut pas demander la dissolution de la société. Il existe un principe fondamental en droit suisse qui dit qu'une fois que l'augmentation est inscrite au Registre du commerce, elle garde de toute façon sa validité ¹⁴⁶.

La possibilité de l'annulation partielle est écartée bien que cela eût été possible si on avait admis l'augmentation du capital social comme une nouvelle fondation partielle, mais nous avons refusé une telle qualification ¹⁴⁷.

Il faut donc différencier, comme le dit très justement Balaster ¹⁴⁸, dans le cas de la violation des prescriptions légales et statutaires, lors d'une augmentation qualifiée, entre le fondement et la base de l'augmentation elle-même et le fondement des contrats d'apports en nature, des reprises de biens et d'octroi d'avantages particuliers.

Il faut donc admettre qu'une fois que ces contrats sont contraires à la loi et aux statuts, une action en annulation de ces contrats est possible, tandis qu'une annulation de l'augmentation du capital social après son inscription au Registre du commerce n'est pas admise ¹⁴⁹.

§ 7. *Avantages particuliers* ¹⁵⁰

La possibilité d'octroyer des avantages particuliers aux fondateurs et à d'autres personnes se justifie aussi bien lors de la fondation de la société (art. 628, al. 3 C.O.) que lors de l'augmentation ¹⁵¹ du capital social (art. 650, al. 2 C.O.) (et art. 81, al. 2 O.R.C.) aux administrateurs et aux autres personnes qui peuvent — spécialement dans le cas d'émission publique des actions nouvelles — rendre service dans les préparations du projet d'augmentation du capital et apporter des conseils et des études ainsi que faire des démarches utiles dans la recherche de nouveaux actionnaires.

¹⁴⁶ Balaster, p. 84.

¹⁴⁷ Voir Siegwart, ad. art. 650, N° 45.

¹⁴⁸ Balaster, p. 85.

¹⁴⁹ Balaster, p. 87.

¹⁵⁰ Von Steiger souligne très justement que « pour qu'il puisse être parlé d'avantages particuliers, les bénéficiaires doivent recevoir des faveurs qui ne sont point accordées aux autres personnes intéressées à la S.A. ». Von Steiger/Cosandey, p. 82. Voir également H. Guhl « les parts des fondateurs dans les sociétés par actions », thèse, Lausanne 1923, p. 55.

¹⁵¹ Cette possibilité nous pousse à traiter ce sujet d'une manière précise. Nous vous renvoyons à la littérature pour avoir plus de détails.

Schucany, commentant l'art. 650, al. 2 C.O.¹⁵², est d'avis que de tels avantages ne sont possibles qu'en cas de fondation de la société, malgré le renvoi à l'art. 628 C.O. Peut-être est-il lié par l'A.T.F. du 25. 2. 1899 qui renvoie à l'art. 619, al. 2 et l'art. 671, al. 2 de l'ancien C.O., de même par l'inexactitude du texte allemand de cet art. 650, al. 2 N.C.O. qui prévoit la note marginale « Gründer-vorteile » au lieu de répéter les termes cités dans le texte des art. 628, al. 3 et 650, al. 2 de « besondere Vorteile ».

A notre avis, il n'est pas question de nier la possibilité d'octroi d'avantages particuliers lors de l'augmentation du capital social. Cette possibilité découle — juridiquement — des art. 650, al. 2 C.O. et 81, al. 2 O.R.C. Les auteurs suisses l'admettent indiscutablement¹⁵³.

Cependant, nous croyons que la rédaction de l'art. 628, al. 3, n'est pas très heureuse ; le texte de l'alinéa 3, par opposition aux textes de l'alinéa 1 (apport en nature) et de l'alinéa 2 (reprise de biens), laisse croire que les avantages particuliers ne sont possibles que lors de la constitution de la société.

Nous estimons que l'art. 628, al. 3, est en quelque sorte en contradiction avec l'art. 650, al. 2 C.O. et avec l'art. 81, al. 2 O.R.C.

Nous proposons deux rédactions différentes d'un nouvel alinéa 3 de l'art. 628 C.O.

1. Ou bien ajouter la phrase « ou lors de l'augmentation de son capital » après la phrase « si lors de la constitution de la société ». La nouvelle rédaction donc sera :

« si lors de la constitution de la société, ou lors de l'augmentation » de son capital, des avantages sont stipulés en faveur des fondateurs » ou d'autres personnes, les statuts doivent indiquer le nom des bénéficiaires et déterminer exactement l'étendue et la valeur de ces avantages ».

2. Ou bien, biffer la phrase « lors de la constitution de la société ». La nouvelle rédaction sera donc :

« si des avantages sont stipulés en faveur... etc. ».

Les avantages particuliers sont des prestations accordées par la société elle-même¹⁵⁴ en faveur des fondateurs ou autres personnes

¹⁵² Schucany, ad. art. 628, N° 6.

¹⁵³ Siegwart, ad. art. 629, N° 69 ; Steiger/Cosandey, p. 82 ; Funk, ad. art. 650, N° 3.

¹⁵⁴ Et non pas par les fondateurs entre eux (voir Siegwart, ad. art. 628, N° 60 et Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung 7, 112). Voir également Marcel Broillet « Der Genusschein nach dem neuen schweizerischen OR ». Dissertation, Zurich 1950, p. 42.

lors de la fondation ou de l'augmentation du capital social, même si ces personnes ne veulent pas souscrire des actions, pour indemniser ces personnes de l'activité qu'elles ont déployée dans l'intérêt de la société et de la réussite de ses affaires ¹⁵⁵, des démarches et des conseils qu'elles ont présentés et souvent même de leur rembourser les dépenses préliminaires qu'elles ont dû faire ¹⁵⁶.

Comme les apports en nature et les reprises de biens, les avantages particuliers doivent faire l'objet d'une clause statutaire (art. 628, al. 3); de même le rapport des fondateurs (éventuellement le rapport de l'administration), doit mentionner la raison de ces avantages et les éléments de leur appréciation (art. 630, al. 2, chiffre 3).

Les avantages particuliers font aussi l'objet d'une décision de l'assemblée générale qui doit réunir au moins deux tiers de l'ensemble du capital social. Ils font aussi l'objet d'une inscription au Registre du Commerce (art. 641, ch. 6). Les avantages particuliers peuvent imposer à la société une charge très lourde du fait que les travaux des fondateurs et des autres personnes qui ont touché ces avantages ont été surestimés et ces personnes commencent à retirer des indemnités très importantes qui peuvent — comme le cas des apports en nature et des reprises de biens — comporter une réduction du capital social. C'est pour cette raison et comme le souligne le T.F. (A.T.F. 21, p. 592) que les avantages particuliers doivent être portés par la voie des statuts à la connaissance de tous ceux qui participeront à la future société ou qui entreront en rapport avec elle ¹⁵⁷. Ces avantages ne peuvent être créés que selon les statuts, ils font l'objet d'une modification statutaire s'ils n'ont pas été prévus dans les statuts primitifs ¹⁵⁸. L'évaluation des avantages particuliers présente un grave inconvénient lors de la fondation. Ces avantages peuvent charger la société dans ses premières années « et celles-ci sont toujours les plus difficiles pour toute nouvelle entreprise ¹⁵⁹.

Les avantages particuliers sont octroyés aux intéressés en raison de leur personne. On doit les distinguer des droits de priorité qui sont attachés aux actions privilégiées (art. 654 C.O.) et qui font partie intégrante de l'action. Donc, ces dernières sont concédées aux actionnaires en leur qualité comme action de priorité ¹⁶⁰. Même si ces actions de prio-

¹⁵⁵ Siegwart, ad. art. 628, N° 60.

¹⁵⁶ Folliet, p. 283.

¹⁵⁷ Von Steiger/Cosandey, p. 82. Voir également Folliet, p. 283.

¹⁵⁸ Voir K. Wieland, p. 69. Fischer, p. 121.

¹⁵⁹ Folliet, p. 283.

¹⁶⁰ Von Steiger/Cosandey, p. 83.

rité sont concédées aux fondateurs, administrateurs ou autres personnes, elles se distinguent des avantages particuliers. Il faut mentionner ces actions de priorité dans les statuts mais, comme le dit Siegwart¹⁶¹, pour d'autres motifs, parce que la création des actions de priorité et des avantages particuliers comporte une modification statutaire (art. 627, chiffre 9).

Ces avantages particuliers de l'art. 628, al. 3 C.O. « peuvent consister par exemple en participations privilégiées au bénéfice net ou au produit de la liquidation en droit de priorité sur les actions nouvelles, en droits d'habitation ou d'usage, en livraisons ou acquisitions de marchandises. Mais ils ne seront stipulés que s'ils sont licites en vertu des principes consacrés en droit des S.A. »¹⁶².

Cependant, von Steiger¹⁶³ déclare illicite la remise des actions à titre gratuit comme avantages particuliers. Siegwart¹⁶⁴ affirme que les avantages particuliers peuvent avoir comme objet une compensation avec une prestation due à la personne sujet de ces avantages, par exemple le versement du minimum de libération des actions prévues par l'art. 633 C.O., puisque les avantages peuvent faire l'objet d'une prestation monétaire due pour les intéressés momentanément ou dans l'avenir de la société¹⁶⁵.

Cette compensation peut aussi bien, selon Siegwart¹⁶⁶, avoir lieu avec le minimum de 20 % dû à l'actionnaire (sujet de ces avantages) au plus tard lors de l'assemblée générale constitutive (art. 633, al. 1 C.O.) qu'après l'assemblée générale constitutive pour ce qu'il reste du montant pour la libération intégrale des actions, puisque les avantages particuliers, selon Siegwart, sont considérés comme des créances. L'art. 80 O.R.C. prévoit la possibilité de la libération par compensation et l'acte authentique constatant la fondation ou l'augmentation du capital doit indiquer que l'existence de ces créances a été prouvée et comment elle l'a été.

Donc nous pouvons constater que Siegwart admet — indirectement — comme licite, la distribution d'actions à titre gratuit aux bénéficiaires des avantages particuliers et la libération intégrale ou par-

¹⁶¹ Siegwart, ad. art. 628, N° 61 et art. 627, N° 12. Voir également S.A.S. 21, p. 175, zur Auslegung von Art. 627 OR. Von Steiger.

¹⁶² Von Steiger-/Cosandey, p. 83.

¹⁶³ Von Steiger-/Cosandey, p. 83.

¹⁶⁴ Siegwart, Kommentar, ad. art. 628, N°s 64, 65, 73, art. 633, N°s 20 et 14. Voir également S.A.S. 6, p. 6 (opinion contraire), A.T.F. 26. II. 437.

¹⁶⁵ Siegwart, ad. art. 628, N°s 65 et 66.

¹⁶⁶ Siegwart, ad. art. 633, N°s 14-20.

tielle de ces actions par compensation avec les créances qui découlent des avantages particuliers.

A notre avis, si la possibilité de la compensation du minimum légal ou statutaire pour la libération des actions avec les avantages présente une difficulté pratique et un danger considérable à la constitution du capital social lors de la fondation de la société ¹⁶⁷, il en est autrement lors de l'augmentation du capital social par incorporation des réserves et l'émission d'actions à titre gratuit. Ces actions peuvent — à notre avis — être distribuées aux administrateurs et autres personnes en tant que la situation de la société permet d'accorder à ces personnes des avantages particuliers et en prenant en considération les prescriptions légales concernant la libération des actions par compensation.

La situation de la société et des actionnaires ne change pas si des avantages particuliers sont dus pour les administrateurs ou autres personnes sous la forme d'une prestation monétaire. A ce moment-là, la société rembourse à ces personnes les sommes qui leur sont dues et elle entame une partie de ses réserves ou bénéfices en émettant des actions à titre gratuit. Ou bien elle émet des actions à titre gratuit plus nombreuses que dans le premier cas et distribue quelques-unes d'entre elles aux administrateurs et autres personnes bénéficiaires des avantages particuliers.

Les bons de jouissance et les parts de fondateurs sont le plus souvent employés dans la pratique comme des avantages particuliers. Ces deux espèces d'avantages ne présentent pas d'inconvénient comme les rémunérations des fondateurs qui « comportent l'inconvénient de faire par avance appel aux finances de la société. Les parts de fondateurs et les bons de jouissance ont l'avantage de ne constituer que des créances conditionnelles, c'est-à-dire de n'accorder aux intéressés qu'une prétention sur le bénéfice net ou sur le produit de la liquidation, lorsque ce bénéfice ou ce produit atteint un certain montant » ¹⁶⁸, puisque les parts de fondateurs sont émises à l'occasion de la fondation de la société comme rémunération des fondateurs ¹⁶⁹ et souvent même

¹⁶⁷ Avec cette possibilité au moins théorique on admet la distribution de la moitié des actions ou plus que la moitié gratuitement comme indemnité pour les fondateurs ou autres personnes d'où découle le danger de la non-intégrité du capital social, et il en résulte que dès le début de la vie sociale le capital se trouve réduit.

¹⁶⁸ Voir von Steiger/Cosandey, p. 83.

¹⁶⁹ Voir Funk, ad. art. 627, N° 13 ; Schucany, ad. art. 627, N° 12 ; et selon P. Vidal, cité par Folliet, « Le premier exemple fut fourni par la Compagnie du Canal de Suez. En 1958 cent parts de fondateurs représentant 10 % des béné-

de leur rembourser les dépenses préliminaires qu'ils ont dû faire ¹⁷⁰.

Nous parlerons en substance des bons de jouissance qui peuvent être émis non seulement lors de la constitution de la société, mais aussi lors de l'augmentation de son capital, ou au moment de sa réorganisation, ou lors de sa fusion avec une autre société.

Nous parlerons aussi de la possibilité de répartir aux porteurs de bons de jouissance des actions émises à titre gratuit en cas d'incorporation des réserves ou des bénéfices au capital social.

*Les bons de jouissance ¹⁷¹ et la possibilité de répartir
à leur porteur des actions à titre gratuit*

Les bons de jouissance sont des papiers valeurs ¹⁷² contenant un droit de créance éventuel, qui ne confèrent pas la qualité d'actionnaire (Mitgliedschaftsrecht), mais uniquement le droit à une portion de bénéfice net ou à une part de liquidation, ou un droit préférentiel de souscription en cas d'émission future (art. 657, al. 4 C.O.). Les statuts règlent les conditions de l'octroi de ces avantages, ils sont libres d'émettre des bons de jouissance avec un ou plusieurs des droits énumérés ci-dessus.

Les bons sont des titres presque toujours au porteur et le plus souvent sans valeur nominale ¹⁷³ qui donnent droit à une part sur les bénéfices sociaux ; ces parts doivent être déterminées par les statuts.

fices futurs furent créées par M. F. de Lesseps au profit de certains capitalistes dont l'aide financière avait facilité les études préliminaires de l'entreprise.»

Voir Folliet, p. 283, note N° 1. Voir également Ami Dufour : Le régime juridique des bons de jouissance d'après le projet de revision du Code des Obligations. Thèse, Genève 1936, p. 9 et von Steiger/Cosandey, p. 84.

¹⁷⁰ Voir Folliet, p. 283.

¹⁷¹ Les bons de jouissance ont été ignorés dans l'ancien Code des Obligations, mais la pratique les a admis. Le nouveau Code des Obligations les a mentionnés aux art. 657-658. Voir Giroud, p. 195.

¹⁷² La doctrine a donné pour les bons de jouissance plusieurs définitions, mais le Tribunal fédéral dans son arrêt Jura-Simplon (A.T.F. XXXI, 2, p. 451) s'est refusé à proposer une définition, il dit qu'« il n'est nullement nécessaire de donner une définition théorique complète de la nature juridique des bons et ce n'est que pour autant que la solution des conclusions formulées en cause le requiert, que cette question doit être abordée par le juge ».

L'art. 657, al. 4 du Code des Obligations que nous citons ne définit pas les bons de jouissance, mais il énumère les droits attachés aux bons, de même qu'il stipule que ces titres ne sont pas des actions. Pour examiner les théories sur la définition des bons de jouissance, voir : Ami Dufour, p. 33 et suivante et Broillet, p. 37, qui a donné une définition très claire et adaptée avec les dispositions de l'art. 657 C.O.

¹⁷³ Ils peuvent avoir aussi une valeur nominale. Voir Schucany, ad. art. 657, N° 1 ; Folliet, p. 287 et Emile Giroud, p. 195.

Les bons de jouissance n'apparaissent pas au bilan, ils ne peuvent être portés ni à l'actif, ni au passif, puisqu'ils ne présentent pas une créance ordinaire déterminée, mais une créance éventuelle basée sur les bénéfices éventuels que la société peut réaliser. Cependant, au point de vue juridique, ces bons doivent être constatés par la comptabilité et l'opération passe (pour mémoire) sans l'inscription d'une somme déterminée¹⁷⁴. Ils ne font pas partie du capital social et leurs titulaires ne sont pas des actionnaires ; ils peuvent être actionnaires mais en raison des actions qu'ils possèdent et non en raison des bons qui leur appartiennent. Les bons de jouissance ne sont pas des actions de jouissance¹⁷⁵, puisque ces dernières confèrent la qualité d'actionnaire et font partie du capital social.

Ces bons, créés lors de la vie de la société ou au moment de sa constitution, sont émis pour plusieurs raisons selon les circonstances qui entourent la société¹⁷⁶.

Si l'art. 657, al. 2 C.O. dispose qu'on ne peut attribuer des bons de jouissance aux fondateurs de la société que si les statuts primitifs le prévoient, on ne peut s'opposer à une décision de l'assemblée générale d'attribuer un bon de jouissance par action, même si cette attribution n'a pas été prévue par les statuts primitifs, c'est-à-dire que la décision de l'assemblée générale sur cette attribution exige une modification statutaire¹⁷⁷. Von Steiger est allé jusqu'à dire¹⁷⁸ qu'on peut autoriser l'assemblée générale à remettre des bons de jouissance à un directeur, lorsque celui-ci fait partie des fondateurs de la société, à cause de ses mérites particuliers acquis dans la conduite des affaires. Le préposé au registre du commerce n'a aucun droit de s'opposer à l'inscription d'une telle modification statutaire si tous les intéressés se sont mis expressément d'accord.

Il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral que tant que les bons de jouissance ne sont pas émis à l'occasion de la fondation de la société ou de l'augmentation de son capital, les dispositions des art.

¹⁷⁴ Voir Folliet, p. 287. Voir également Emile Giroud (Manuel de la revision des livres et du bilan en Suisse), p. 195.

¹⁷⁵ Le nouveau Code des Obligations n'a pas mentionné les actions de jouissance, de sorte qu'on doit conclure que leur émission n'est plus autorisée. Voir Emile Giroud, p. 196 ; voir également Steiner E., S.A.S. X, p. 166 : « Sind nach dem neuen OR. Genussaktien zulässig ? » et von Steiger, S.A.S. XIII, No 7.

¹⁷⁶ Nous vous renvoyons à ce sujet à la littérature. Voir Ami Dufour, Marcel Broillet : « Der Genusschein nach dem neuen Schweizerischen O.R. », dissertation, 1950 Zurich, p. 38 et suivante ; Folliet, p. 285 et suivante.

¹⁷⁷ Z.B.G.R. 23, 1942, p. 107 (d).

¹⁷⁸ Von Steiger/Cosandey, p. 69.

628, al. 3, 631, ch. 2, 641, ch. 6, 650, al. 2 et 1 et 651, al. 2, ch. 4 C.O. sont applicables. Il faut s'appuyer sur l'art. 657, al. 1 C.O., dans l'émission de ces bons de jouissance. Pour satisfaire aux exigences de l'art. 657 C.O., il suffit que les statuts accordent à l'assemblée générale le droit d'attribuer les bons, il n'est pas nécessaire de fixer le nombre des bons que l'assemblée générale peut émettre, il n'est pas nécessaire non plus que le nombre des bons effectivement émis soit fixé par les statuts. Dans ce cas-là, l'assemblée générale peut émettre des bons sans avoir besoin de procéder à une modification statutaire ¹⁷⁹.

Reste à examiner les droits attachés aux bons de jouissance et la possibilité de répartir des actions gratuites aux porteurs de ces bons lors de l'augmentation du capital social par incorporation des réserves ou de convertir ces bons en actions partiellement ou entièrement gratuites.

L'art. 657, al. 4, prévoit que ces bons confèrent à leurs titulaires uniquement le droit à une portion de bénéfice net ou à une part de liquidation, ou un droit préférentiel de souscription en cas d'émissions futures. Nous parlerons de ces droits et de leurs relations avec les actions émises à titre gratuit.

A. — Le droit à une part de liquidation

Ce droit doit être expressément prévu par les statuts ou par le texte des bons et il ne va pas de soi, même si les porteurs de bons reçoivent une part des bénéfices, « car les bons n'ont que des prérogatives qui leur sont expressément conférées » ¹⁸⁰.

La question est de savoir si le droit à une part de liquidation conféré au porteur de bons contient seulement le solde qui reste après remboursement du capital social ¹⁸¹, ou s'il attribue aux porteurs des bons un droit égal au droit des actionnaires sur la fortune nette de la société, après la couverture des créances de celle-ci. Cette question est très discutée au point de vue doctrinal aussi bien en France qu'en Suisse ¹⁸².

¹⁷⁹ A.T.F. 67, II., 1941, p. 268 ; J.T. 90, 1942, p. 594 ; Sem. Jud. 64, 1942, p. 445 ; S.A.S. 14, 1941-192, p. 173 « Muss die Zahl der Genusscheine in den Statuten einer A.G. bestimmt sein ? » Voir également T. Guhl : « Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1941 ». Z.B.Jv. 78, 1942, p. 543.

¹⁸⁰ Dufour, p. 135.

¹⁸¹ C'est-à-dire après remboursement aux actionnaires de la valeur nominale de leurs actions.

¹⁸² Voir Broillet, p. 98 ; Folliet, p. 285 ; Dufour, p. 135 ; H. Guhl : « Les parts de fondateur dans les sociétés par actions », Thèse, Lausanne 1923, p. 84.

Au point de vue grammatical, l'interprétation de l'art. 657 C.O. admet la possibilité d'attribuer aux porteurs de bons un droit de participation en concours avec les actionnaires ; c'est l'avis également de Broillet et de Dufour¹⁸³. Les statuts doivent donc expliquer la répartition de ces parts de liquidation et on ne peut pas interdire aux actionnaires d'étendre les droits des bons sur la part de liquidation « nous sommes ici dans un domaine où la liberté des conventions ne peut être restreinte que par des dispositions expresses »¹⁸⁴.

Si les statuts ne mentionnent pas la modalité de la répartition des parts de liquidation aux porteurs des bons et qu'ils ont prévu ce droit d'une façon générale, Folliet admet que dans ce cas-là « ce droit ne porte que sur l'actif net après remboursement aux actionnaires de la valeur nominale de leurs actions »¹⁸⁵, vu la non-assimilation des bons aux actions et la différence existant dans la nature juridique de ces deux titres.

Lors de la liquidation de la société, il n'est pas possible que celle-ci procède à une augmentation du capital social, cela n'étant pas dans l'intérêt de la société¹⁸⁶. Pendant la vie sociale, il n'est pas question que le droit à une part de liquidation attaché aux bons de jouissance ne donne pas le droit à la répartition des actions émises à titre gratuit lors d'une augmentation du capital social, sauf dans le cas où ces bons contiennent aussi d'autres droits sur les bénéfices ou un droit préférentiel de souscription.

B. — Le droit à une portion de bénéfice net

Les bénéfices nets doivent être effectivement attribués aux ayants droit¹⁸⁷ conformément aux prescriptions statutaires. Les organes compétents de la société n'ont pas le droit de l'affecter à d'autres usages, « par exemple à l'acquisition de nouveaux actifs, au rachat de bons de jouissance ou d'actions ou encore au remboursement du capital — avec ou sans remise d'actions de jouissance — à moins que les statuts ne le stipulent au moment de l'émission des bons¹⁸⁸. Ils ne peuvent non plus invoquer l'intérêt de l'entreprise pour les conserver

¹⁸³ Broillet, p. 98 ; Dufour, p. 133.

¹⁸⁴ Folliet, p. 285.

¹⁸⁵ Folliet, loc. cit.

¹⁸⁶ Von Steiger/Cosandey, p. 344.

¹⁸⁷ A.T.F. XXXV, 2, p. 95.

¹⁸⁸ Ou la communauté des porteurs des bons de jouissance admet cette question conformément à l'art. 657, al. 5 C.O.

à disposition, en alléguant, par exemple, des raisons de trésorerie » ¹⁸⁹.

Les statuts fixent librement la répartition des bénéfices aux porteurs de bons de jouissance ¹⁹⁰. Il arrive dans certaines sociétés (comme l'ancienne Compagnie du Canal de Suez) ¹⁹¹, que la part de bénéfice revenant à chaque bon est aussi importante ou quelquefois supérieure au dividende distribué à chaque action. La pratique la plus courante admet la répartition des dividendes, premièrement aux actionnaires à concurrence d'un certain pourcentage et aux porteurs de bons en concours avec les administrateurs ou avant ceux-ci dans une certaine proportion mentionnée dans les statuts. Si les statuts ne prévoient rien sur la participation des bons aux bénéfices, nous admettons avec Dufour ¹⁹² que, sauf dispositions contraires des statuts, la part des bons est à calculer sur tout le bénéfice.

Les actionnaires ne peuvent pas modifier la part de bénéfice revenant aux bons de jouissance, mais ils peuvent par exemple augmenter la somme attribuée à la réserve légale, de même que pour les réserves statutaires, etc. ¹⁹³, mais dans ce cas-là, et comme le dit Folliet ¹⁹⁴, les principes concernant les tantièmes seront applicables par analogie, c'est-à-dire que ces augmentations dans l'attribution aux réserves, doivent être prélevées sur les bénéfices qui reviennent aux actionnaires.

Le droit des porteurs de bons de jouissance est un véritable droit de créance, mais affecté d'une condition suspensive : l'existence d'un bénéfice net ¹⁹⁵. Donc, la décision de l'assemblée générale qui exige la répartition des bénéfices aux porteurs de bons n'a pas, pour les bons, un effet constitutif mais seulement un effet déclaratif ¹⁹⁶, car le droit des bons aux bénéfices est prévu déjà par les statuts ou bien par la décision relative à la création de bons de jouissance.

Dès que la société décide l'augmentation de son capital par incorporation des bénéfices effectués au cours de l'exercice, les porteurs de bons ont le droit d'exiger une répartition proportionnelle des bénéfices, mais ils n'ont pas le droit d'exiger une répartition des actions

¹⁸⁹ Voir Dufour, p. 123. Voir également S.A.S. VII, p. 129 et Staub Pinner 11, ad. art. 237, note 17, p. 261 et note 5, p. 380.

¹⁹⁰ Folliet, p. 515.

¹⁹¹ Folliet, p. 515, note N.

¹⁹² Dufour, p. 123.

¹⁹³ Voir Folliet, p. 516.

¹⁹⁴ Folliet, p. 506.

¹⁹⁵ Voir Dufour, p. 125.

¹⁹⁶ C'est bien la conception de la doctrine et la jurisprudence suisse. Voir S.A.S. VII, pp. 129-130 et A.T.F. XXXI, 2, p. 459, p. 479. Voir également Dufour, p. 126.

émises à titre gratuit, sauf disposition contraire de l'assemblée générale augmentant le capital social par incorporation des bénéfices. Donc, la société peut décider la répartition des actions à titre gratuit aux porteurs des bons et renoncer à répartir des bénéfices à ces porteurs ; dans ce cas-là, les porteurs de bons n'ont pas le droit, mais le devoir d'acquérir les actions gratuites ¹⁹⁷.

C'est parce que les bons de jouissance ne confèrent pas la qualité d'actionnaire que les porteurs de bons n'ont qu'un droit pécuniaire correspondant au prix des actions gratuites ¹⁹⁸. C'est donc l'assemblée générale qui peut refuser la répartition des actions gratuites aux porteurs de bons et leur donner une somme correspondante aux bénéfices qui doivent leur être répartis.

Mais si la société décide l'incorporation des réserves au capital, les porteurs de bons qui ont droit à une portion de bénéfice net ont aussi droit à certaines revendications ¹⁹⁹ sur les réserves de la société, sauf les réserves constituées par une retenue sur la part de bénéfice des actionnaires ²⁰⁰.

Les porteurs de bons n'ont aucun droit sur ces réserves constituées par les actionnaires et c'est à ces derniers seuls d'en profiter.

Si la société décide de dissoudre des fonds de réserve pour les distribuer sous n'importe quelle forme, les porteurs des bons doivent recevoir une partie de ces réserves s'ils participent aux bénéfices ²⁰¹.

La répartition de cette partie de réserves est faite assez souvent par la remise aux porteurs de bons des actions à titre gratuit et, comme dans le cas de l'incorporation des bénéfices au capital social, cette répartition doit être décidée par l'assemblée générale, sinon les porteurs n'ont qu'un droit à un montant correspondant aux actions réparties.

C. — Droit préférentiel de souscription attaché aux bons de jouissance

A la différence de la participation aux bénéfices et au produit de liquidation, le porteur de bons ne reçoit pas une somme d'argent mais un droit préférentiel de souscription, le porteur deviendra actionnaire lorsqu'il aura pu exercer son droit préférentiel de souscrip-

¹⁹⁷ C'est l'avis également de Kurt Kobl, p. 16.

¹⁹⁸ C'est l'avis également de Dufour, p. 129.

¹⁹⁹ Voir à ce sujet : Broillet, p. 73 et p. 83 ; Dufour, p. 127 et suivante.

²⁰⁰ Dufour, p. 128.

²⁰¹ Dufour, p. 128.

tion ²⁰². Cette possibilité d'obtenir la qualité d'actionnaire a été stipulée par avance dans les statuts primitifs ou modifiés selon la liberté de conventions. Mais le droit de souscription peut consister aussi un droit pécuniaire, puisqu'il peut avoir une valeur vénale ; cette valeur peut être assez considérable. C'est le cas par exemple lorsque le prix d'émission de l'action est plus bas que la valeur de ce titre après l'augmentation du capital social ²⁰³.

D'autre part, si le droit de participer aux bénéfices et au produit de liquidation est considéré comme droit acquis à l'actionnaire, le droit de souscription préférentiel n'est pas un droit acquis à l'actionnaire ²⁰⁴, et l'assemblée générale selon l'art. 652 C.O. reste libre lors de la décision de l'augmentation du capital social de décider ce qu'elle estime opportun en ce qui concerne la souscription des nouvelles actions ; sauf disposition contraire des statuts chaque associé a le droit de souscrire une fraction de nouveaux titres et proportionnellement au nombre de ses actions (art. 652 C.O.).

Pour les bons de jouissance, les modalités de droit de souscription préférentiel doivent être mentionnées dans les statuts ou émaner d'une décision de l'assemblée générale portant augmentation de capital. Mais la création de droit préférentiel de souscription pour les bons de jouissance impose une modification statutaire, puisqu'il s'agit d'une convention bilatérale. Ces conditions doivent être prévues par les statuts. Il n'est pas possible de prévoir la possibilité de porter une modification à ce droit préférentiel des bons sans le consentement des deux parties contractantes ²⁰⁵. Il est par contre possible de participer à chaque augmentation de capital et de souscrire des actions au pair. Quelquefois, les actionnaires et les porteurs de bons doivent acquitter l'agio éventuel.

Les statuts peuvent stipuler que ce droit ne peut être possible que pour d'éventuelles augmentations de capital, sauf disposition contraire de ceux-ci. Le droit de souscription consiste dans toutes les augmentations futures ²⁰⁶. Les statuts doivent mentionner le nombre ou la proportion des actions que le porteur de bons peut souscrire.

²⁰² Mais si la société ne peut pas refuser l'exercice de ce droit attaché aux bons de jouissance, elle peut demander la sûreté « Sicherstellung » nécessaire dans le paiement des versements légaux ou statutaires. Voir Siegwart, ad. art. 632, N° 20 et art. 652, N° 14 ; voir également Broillet, p. 102.

²⁰³ Voir Dufour, p. 139 ; Broillet, p. 102 ; Siegwart, ad. art. 652, N° 2.

²⁰⁴ Marcel Broillet, p. 101 et Dufour, p. 139.

²⁰⁵ Broillet, p. 102.

²⁰⁶ Voir Siegwart, ad. art. 657-658, N° 34 et ad. art. 652, N° 7 ; Broillet, p. 103.

Les statuts et — sauf dispositions contraires de ceux-ci — l'assemblée générale peuvent décider de limiter le droit préférentiel. Ils peuvent aussi exclure entièrement ce droit ²⁰⁷. Mais en ce qui concerne les porteurs de bons, nous croyons que l'assemblée générale ne peut pas porter des limites ou exclure leurs droits de souscription sans le consentement de la communauté des porteurs de bons de jouissance. Il faut bien préciser que les bons de jouissance n'incorporent pas un droit acquis et les droits au bénéfice net, sur la part de liquidation, ou de droit préférentiel de souscription peuvent être limités par certaines conditions ²⁰⁸.

Dufour ²⁰⁹ mentionne d'autres souscriptions qui ne sont pas prévues par la loi. Cependant, on les rencontre dans la pratique, par exemple celle de souscrire aux émissions ultérieures des bons de jouissance ou des obligations.

Pour que l'opération de l'émission des actions ne se prolonge pas à l'infini, la société a le droit de fixer un délai pour l'exercice du droit de souscription préférentiel ²¹⁰. L'administration peut aussi exiger les sûretés nécessaires aux ayants droit préférentiels de souscription ²¹¹.

Les porteurs de bons qui exercent leur droit de souscription lors de l'augmentation du capital, ont le droit comme les autres actionnaires de participer à la deuxième décision de constatation (Feststellungsbeschluss) et ils deviennent libres de leurs engagements si le capital augmenté dans la première décision de l'assemblée générale n'a pas été apporté ²¹².

Le porteur de bons peut exiger l'exercice de son droit de souscription, si ce droit a été donné à un tiers, en tant que la deuxième décision de constat n'a pas été inscrite au registre du commerce. Après l'inscription de cette décision, reste seulement le droit du porteur aux dommages-intérêts que lui cause le non-exercice de son droit de souscription. Ces dommages-intérêts peuvent être demandés à la société, à l'administration ou au tiers qui a souscrit les actions sans aucun droit de souscription et de mauvaise foi ²¹³.

Le droit préférentiel de souscription « Bezugsrecht » est un « Vermögensrecht » qui échoit aux actionnaires et aux porteurs de bons

²⁰⁷ Funk, ad. art. 652, N° 1.

²⁰⁸ Kurt Kolb, p. 16.

²⁰⁹ Dufour, p. 141.

²¹⁰ A.T.F. XLVII, 2, p. 338.

²¹¹ Siegwart, ad. art. 652, N° 14.

²¹² Broillet, p. 102.

²¹³ Voir Siegwart, ad. art. 652, N° 16.

qui jouissent de ce droit préférentiel exactement comme le droit à la répartition des bénéfices nets et à la part ²¹⁴ de liquidation. La répartition des actions gratuites ne peut être effectuée qu'aux personnes citées par les art. 652, 657 C.O. et qui sont en rapport avec la société par l'« Aktienbesitz », faute de quoi, il n'est pas possible d'exercer le droit préférentiel de souscription ²¹⁵.

Ce droit préférentiel de souscription ne peut être utilisé qu'à l'occasion d'émission de nouvelles actions, donc à l'occasion d'une augmentation du capital social. Les actions émises à titre gratuit ne peuvent être réparties qu'à l'occasion d'une augmentation du capital et, dans ce cas, le droit de répartition (Bezugsrecht) ²¹⁶ peut être exercé. Il est possible de répartir des actions gratuites lors de la fondation d'une société anonyme pour compenser les travaux et les dépenses des fondateurs ; cette possibilité découle de l'art. 636 C.O., mais il n'y a aucune relation entre les parts des fondateurs et le droit préférentiel de souscription ²¹⁷ qui doit être exercé seulement lors de l'augmentation du capital social.

Donc, les actions gratuites, comme toutes les actions, font partie du capital social. Elles sont émises à l'occasion de l'augmentation du capital grâce aux moyens financiers propres de la société et elles sont acquises en exerçant le droit préférentiel de souscription par les actionnaires et les porteurs de bons de jouissance ²¹⁸.

Au point de vue pratique, l'exercice du « Bezugsrecht » des porteurs de bons sur les actions gratuites correspond exactement au droit des actionnaires. Donc, il faut appliquer l'art. 652 C.O. dans les deux cas.

La non-application de droit préférentiel interdit l'ayant droit à participer au capital social, mais on peut monnayer ce droit de souscription et payer une somme correspondante. La société peut toujours décider de répartir ces actions gratuites et de renoncer à la répartition des bénéfices. Dans ce cas, les ayants droit doivent acquérir ces actions et ils peuvent les vendre plus tard s'ils veulent monnayer leur droit sur la répartition des actions gratuites ²¹⁹.

²¹⁴ Kurt Kolb, p. 12.

²¹⁵ Kurt Kolb, p. 10.

²¹⁶ « Bezugsrecht », c'est-à-dire le droit préférentiel de souscription comme le prévoit clairement la note marginale du texte français de l'article 652 C.O. en comparaison avec le texte allemand.

²¹⁷ Voir Kurt Kolb, p. 11.

²¹⁸ Kurt Kolb ajoute, p. 13, que ces actions gratuites « In ihrer Eigenschaft als Aktie gewährt sie dem Aktionär die im Gesetz und in den Statuten festgelegten Mitgliedschafts- und Vermögensrechte ».

²¹⁹ Voir Kurt Kolb, p. 17.

A la différence du rachat des bons par la société, la contre-partie due par la société à l'occasion de la conversion des bons n'est pas de l'argent ou d'autres moyens financiers, mais des actions ou des obligations. Cependant, on applique dans le cas de cet échange de bons de jouissance en actions ou en obligations, les mêmes principes qu'au rachat, car il s'agit d'une opération analogue²²⁰. Cette conversion de bons ne peut être faite que selon les conditions prévues dans les statuts. Si elle n'est pas prévue dans les statuts, les porteurs de bons décident eux-mêmes²²¹. Mais comme dans le rachat des bons de jouissance, la société ne peut procéder à la conversion des bons que si elle possède les moyens financiers propres à sa disposition comme les bénéfices ou les réserves à la disposition de l'assemblée générale.

Comme le constate Dufour²²², « en l'absence de bénéfices ou de réserves, la conversion n'est pas possible ». Contrairement à ce que laisse entendre H. Guhl²²³, la libération des actions émises lors de la conversion des bons ne peut s'effectuer au moyen d'un emprunt²²⁴.

La modalité normalement employée de la conversion, comme le constate Broillet²²⁵, est celle de l'émission des actions nouvelles. La société décide donc d'augmenter son capital. Les actionnaires ne sont pas obligés d'accepter une telle augmentation sans demander les garanties nécessaires des porteurs de bons convertibles en actions. Cette augmentation du capital en conversion des bons peut être opérée par l'incorporation des réserves, soit entièrement, soit partiellement, selon la décision de l'assemblée générale et le consentement des intéressés.

Cette conversion des bons en actions se pratique fréquemment. Nous citons à titre d'exemple — dans la pratique suisse — la Société Générale d'Affichage qui a augmenté en septembre 1950 le capital social par la conversion de 4800 bons de jouissance sans valeur nominale, en 4800 actions de Fr. 100.— chacune, au porteur, entièrement libérées par un prélèvement sur le compte de réserve extraordinaire arrêté au 31 décembre 1949 et de porter ainsi le capital à la somme de Fr. 1 200 000.—. Cette société s'est vue contrainte à pro-

²²⁰ Ami Dufour, p. 170.

²²¹ Broillet, p. 181 ; Dufour, p. 170, note N° 2. Il entend par là aussi bien un accord unanime des porteurs que l'assentiment de la majorité de la communauté dans les cas où celle-ci intervient.

²²² Dufour, p. 172.

²²³ H. Guhl, p. 92.

²²⁴ Voir Dufour, p. 172, note N° 6.

²²⁵ Broillet, p. 182.

céder à une telle opération, vu les difficultés pratiques qui résultaient du fait que les porteurs de bons de jouissance commençaient à toucher des bénéfices plus importants que les actionnaires eux-mêmes.

C'est le même cas que l'ancienne Compagnie du Canal de Suez ²²⁶, où les bons de jouissance touchaient beaucoup plus que les actions. Pour normaliser la situation, la Société Générale d’Affichage a procédé à cette opération de conversion.

§ 8. *La majorité requise pour l'incorporation des réserves au capital social*

Le nouveau Code des Obligations, comme l'ancien, ne prévoit pas un quorum ni une majorité spéciale pour la décision de l'augmentation du capital. Donc, sauf disposition spéciale des statuts — cas le plus fréquemment employé — il n'est pas nécessaire d'avoir le consentement de tous les actionnaires pour prendre la décision d'augmenter le capital par l'émission de nouvelles actions, il suffit de prendre cette décision à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées (art. 703), puisqu'il s'agit d'une simple modification statutaire ²²⁷.

Et même sous l'empire de l'ancien Code des Obligations, le Tribunal fédéral, dans un arrêt daté du 30 juin 1900 ²²⁸, a jugé que « le Code des Obligations ne reconnaît pas aux actionnaires un droit acquis au maintien du capital social dans les limites primitivement fixées par les statuts de telle sorte qu'il ne pourrait jamais être augmenté sans le consentement unanime des actionnaires. L'article 626 ancien C.O. attribue au contraire expressément à l'assemblée des actionnaires le droit de modifier les statuts dans le sens de l'augmentation du capital et détermine les formes dans lesquelles cette décision doit être prise », mais malgré cela, le Tribunal fédéral reconnaît qu'un tel droit acquis au maintien du capital peut être prévu dans les statuts de sorte que l'unanimité des actionnaires serait indispensable pour la décision portant augmentation du capital ²²⁹.

Il va de soi que le consentement des actionnaires est nécessaire dans le cas de l'augmentation du capital social par l'élévation de la valeur

²²⁶ Ces bons ont pris dans l'ancienne Compagnie du Canal de Suez une telle valeur qu'on a jugé utile — pour faciliter leur négociation — de les diviser en dixièmes, subdivisés ensuite eux-mêmes en millièmes de parts (voir Dufour, p. 9).

²²⁷ Voir Scherrer, p. 68 ; von Steiger (Z.G.H.K.R.) 1955, p. 165 ; Folliet, p. 180 ; von Steiger/Cosandey, p. 295.

²²⁸ A.T.F. 26. II, p. 418 et spécialement p. 432.

²²⁹ Von Steiger (Z.G.H.K.R.) 1955, p. 165.

nominale des actions si les actionnaires doivent payer des prestations nouvelles, puisque, selon l'article 680 C.O., les actionnaires ne peuvent être tenus, même par les statuts, à des prestations excédant le montant fixé, lors de l'émission pour l'acquisition de leurs titres. Or, on ne peut pas obliger l'actionnaire à élever la valeur nominale de son action, à effectuer un nouveau versement et à augmenter ensuite sa charge financière dans la participation sociale. Mais si cette partie élevée de l'action — d'après la décision de l'augmentation du capital social — est payée par les propres moyens financiers de la société, par ses réserves ou ses bénéfices, il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement de tous les actionnaires ²³⁰.

Donc, dans ce dernier cas, l'art. 703 est applicable. De même si la décision d'augmentation du capital social par l'émission de nouvelles actions n'exige pas l'unanimité des actionnaires, puisqu'ils n'ont pas un droit acquis au maintien du capital social, ils n'ont pas non plus un droit acquis au maintien des anciennes réserves ²³¹ et cela rentre dans la compétence exclusive de l'assemblée générale de décider l'emploi des réserves ou leur incorporation, sauf dispositions légales ou statutaires. Aujourd'hui les auteurs admettent que l'assemblée générale peut décider l'émission des actions à titre gratuit contre la volonté de l'actionnaire qui désire la répartition des dividendes ²³². Or, comme toute augmentation du capital social, l'incorporation des réserves au capital social, soit par l'émission d'actions nouvelles, soit par l'élévation de la valeur nominale des actions anciennes, peut être décidée — sauf dispositions statutaires spéciales à ce sujet — par la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées, quel que soit le nombre des actionnaires représentés ²³³. On ne peut pas dire qu'on oblige les actionnaires — dans le cas d'incorporation des réserves au capital — à maintenir des valeurs qu'ils auraient pu retirer, puisque les actionnaires — comme nous l'avons déjà exposé — n'ont aucun droit de créance sur les réserves et c'est à l'assemblée générale toute seule de décider l'emploi des réserves.

Lorsque les statuts fixent un quorum spécial pour la modification des statuts et que l'assemblée générale tient deux séances pour l'augmentation du capital social, ce quorum fixé pour les modifications statutaires doit être atteint non seulement dans la deuxième assemblée

²³⁰ Scherrer, p. 72 ; voir également p. 69.

²³¹ A. Wieland, S.J.Z., 49. 1. 1953, p. 172.

²³² A. Wieland, cite à la page 171 S.J.Z. 49 : Gadow, Ritter Schlegelberger Quassowski. Voir également Scherrer, p. 74.

²³³ Folliet, p. 180.

générale, mais aussi dans la première assemblée générale qui décide l'augmentation du capital social et comme le dit von Steiger ²³⁴, « cette décision portant augmentation du capital prépare en une certaine mesure la future modification des statuts et se trouve avec elle dans un rapport de fait, quand bien même elle ne doive pas toujours en être suivie ». Remarquons également le cas où la libération du nouveau capital n'est pas faite entièrement par l'incorporation des réserves ou des bénéfices. Donc, une partie seulement est effectuée par la société et une partie assumée par les actionnaires.

Dans ce cas, il est nécessaire d'obtenir le consentement des actionnaires, car on ne peut pas imposer à un actionnaire l'obligation de faire ultérieurement de nouveaux versements ²³⁵. C'est pour cette raison que ces versements demandés doivent être couverts par des bulletins de souscription ²³⁶ et évidemment l'actionnaire est libre de souscrire ou bien de refuser la souscription. Or, il faut obtenir le consentement des actionnaires dans le cas susmentionné, même si cette opération laisse croire que cette partie non libérée du nouveau capital sera entièrement libérée par les prochains bénéfices que la société effectuera, puisque les actionnaires sont toujours responsables de la libération intégrale de leurs actions et selon l'art. 213, al. 2, de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite en cas de faillite d'une société anonyme ou d'une société coopérative, les arrérages d'actions ou de contributions statutaires ne peuvent être compensés avec ce qui est dû par la société ²³⁷.

Reste à considérer que les dispositions des art. 648, 649, 654, 655 C.O. concernant l'émission des actions privilégiées sont applicables en cas d'augmentation du capital social par l'émission des actions privilégiées, mais ce quorum de présence imposé par l'art. 649 C.O. ne s'applique qu'à la décision de principe portant augmentation du capital et il n'est pas applicable à la deuxième décision de constatation ²³⁸. Même dans le cas de l'émission des actions privilégiées, une majorité qualifiée n'est pas nécessaire et l'art. 703 C.O. est applicable. Fait exception à cette règle, l'émission des actions à droit de vote privilégié où l'art. 648, al. 1 C.O. exige pour une telle décision la majorité des deux tiers, au moins, de l'ensemble du capital social.

²³⁴ Von Steiger/Cosandey, p. 296.

²³⁵ Folliet, p. 173 ; von Steiger, S.A.S. (gibt es bei der Kapitalerhöhung ein sog. Simultanverfahren?) 16, p. 97.

²³⁶ Von Steiger S.A.S., 16, p. 97.

²³⁷ Voir à ce sujet C. Jäger, « commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et faillite, ad. art. 213, Nos 17 et 18. Voir également Scherrer, p. 75.

²³⁸ Von Steiger/Cosandey, p. 297.

PROCÉDURE SIMULTANÉE OU LA RÉUNION
D'UNE SEULE ASSEMBLÉE GÉNÉRALE
POUR L'INCORPORATION DES RÉSERVES AU CAPITAL

C'est la procédure la plus courante dans la pratique suisse pour l'augmentation du capital par les moyens propres de la société et spécialement dans les sociétés qui comptent peu d'actionnaires.

Pour éviter la répétition, nous signalons que les dispositions particulières applicables dans le cas de la procédure successive (voir première section) concernant la convocation de l'assemblée générale, les ayants droit à prendre part à l'assemblée générale et la majorité requise pour l'incorporation des réserves au capital sont applicables également dans le cas de la procédure simultanée.

De même, s'il s'agit d'une augmentation de capital par l'incorporation partielle, les dispositions concernant le bulletin de souscription, les apports en nature, reprises de biens et les avantages particuliers sont applicables à la procédure simultanée de la même manière que dans le cas de la procédure successive. S'il s'agit des apports en nature, des reprises de biens ou des avantages particuliers, les dispositions concernant le rapport de l'administration sont applicables à la procédure simultanée.

Les dispositions particulières concernant le prospectus (voir première section, § 4) ne sont pas applicables dans le cas de la procédure simultanée, puisque, dans cette procédure, il ne s'agit pas d'une souscription publique, sauf dans le cas de l'incorporation partielle et lors de l'intervention d'une souscription publique. Les dispositions concernant les avantages particuliers, et même s'il ne s'agit pas d'une incorporation partielle, sont applicables dans le cas de la procédure simultanée si des avantages sont octroyés aux administrateurs ou autres personnes lors de l'incorporation des réserves au capital (voir première section, § 7).

La procédure simultanée découle de l'art. 650 C.O. en se conformant aux prescriptions applicables au cas de fondation, donc l'augmentation du capital par la procédure simultanée est en quelque sorte

de ressemblance avec la fondation simultanée ²³⁹, mais évidemment avec beaucoup de différence, comme nous l'avons déjà signalé (voir *supra*, p. 94).

L'administration convoque une assemblée générale et lui présente un projet complet en vue de l'incorporation des réserves au capital soit par l'émission des actions à titre gratuit, soit par l'élévation de la valeur nominale des actions en lui demandant son approbation. L'assemblée générale réunie décide en même temps l'augmentation du capital par l'incorporation des réserves, et la réalisation de cette opération ²⁴⁰.

Or, toutes les formalités exigées pour l'augmentation de capital sont remplies en même temps dans une seule séance ²⁴¹. L'administration présente une opération déjà réglée.

Cette méthode d'augmentation du capital a été introduite aussi dans la pratique suisse depuis quelques années pour l'émission des actions au public. Cette innovation ²⁴² dans la technique des émissions consistait à faire souscrire le nouveau capital par un seul actionnaire — en général un « syndicat » — qui, après cette opération, offre en souscription publique les nouvelles actions dont il est ainsi devenu propriétaire. Cette procédure avait pour avantage d'éviter la convocation d'une seconde assemblée générale extraordinaire, qui n'aurait comme seul objet à l'ordre du jour que la constatation de la souscription du nouveau capital. Ainsi, en une seule assemblée générale, les actionnaires sont appelés à décider l'augmentation du capital, à entériner la souscription et la libération des nouvelles actions et à modifier les statuts en les adaptant à sa nouvelle structure financière. On arrive ainsi dans cette procédure à l'économie de temps et d'argent. Cette méthode a été adoptée par la Société Genevoise d'Instruments de Physique le 21 avril 1943 pour la première fois en Suisse ²⁴³.

Mais aujourd'hui, dans la pratique suisse, on renonce souvent à réunir deux assemblées générales, surtout lorsque les statuts autorisent l'administration à préparer une augmentation de capital à concurrence

²³⁹ Voir à ce sujet Siegwart, ad. art. 650, N° 24 ; Funk, ad. art. 650, N° 2 ; Schucany, ad. art. 650, N° 2 ; von Steiger/Cosandey, p. 295.

Voir également von Salis, p. 117 et S.A.S. 16, p. 7. Z.G.B.R. 23, p. 258.

²⁴⁰ Voir J.T. 1922, p. 584 A.T.F. du 29 septembre 1921. Voir également von Steiger, S.A.S. 16, p. 95. (Gibt es bei der Kapitalerhöhung ein sog. Simultanverfahren ?). Voir également S.A.S. 29, p. 125.

²⁴¹ Von Steiger/Cosandey, p. 295.

²⁴² Voir *J. de Genève*, 22-23 avril 1943, article publié par Dr Duperrex.

²⁴³ Dr Duperrex, *J. de Genève*, 22-23 avril 1943.

d'un certain montant dans le délai qu'il juge opportun ²⁴⁴. Et nous pouvons ajouter aussi qu'on renonce très souvent aujourd'hui, en pratique, à convoquer deux assemblées générales pour l'incorporation des réserves au capital social.

Dans la pratique suisse, nous pouvons citer, parmi les sociétés anonymes qui ont procédé à l'incorporation des réserves au capital — récemment — dans une seule assemblée générale, les sociétés suivantes :

La société « Corpa » S.A. Corporation pour l'administration de biens à Genève, dans son assemblée générale du 9 mai 1956 ²⁴⁵.

La société fiduciaire romande Ofor S.A. à Genève, dans son assemblée générale du 7 novembre 1956 ²⁴⁶.

La société Baumann-Jeanneret S.A. à Genève, dans son assemblée générale du 31 octobre 1956 ²⁴⁷.

La société Ostersetzer S.A. à Genève, dans son assemblée générale du 15 décembre 1955 ²⁴⁸.

La société J. Kessler A.G. à Zurich, dans son assemblée générale du 13 janvier 1954 ²⁴⁹.

La société Schopp Reiff & Co. A.G. à Zurich, dans son assemblée générale du 12 février 1954 ²⁵⁰.

La société Friedli S.A. à Reconvillier, dans son assemblée générale du 13 décembre 1954 ²⁵¹.

La société Jul. Fischer & Cie A.G. à Zurich, dans son assemblée générale du 22 décembre 1955 ²⁵².

La société Sicpa S.A. à Prilly, dans son assemblée générale du 4 septembre 1956 ²⁵³.

La société Elektrizitätswerke Brig-Naters A.G. à Brigue, dans son assemblée générale du 24 mars 1956 ²⁵⁴.

²⁴⁴ Voir von Steiger/Cosandey, p. 295.

²⁴⁵ Voir F.O.S.C. 1956, N° 123, p. 1372.

²⁴⁶ Voir F.O.S.C. 1956, N° 274, p. 2937.

²⁴⁷ Voir F.O.S.C. 1956, N° 269, p. 2888.

²⁴⁸ Voir F.O.S.C. 1955, p. 3314.

²⁴⁹ Voir F.O.S.C. 1954, N° 25, p. 282.

²⁵⁰ Voir F.O.S.C. 1954, p. 486.

²⁵¹ Voir F.O.S.C. 1954, N° 303, p. 3326.

²⁵² Voir F.O.S.C. 1956, N° 13, p. 138.

²⁵³ Voir F.O.S.C. 1956, N° 219, p. 2367.

²⁵⁴ Voir F.O.S.C. 1956, N° 80, p. 884.

CONCLUSION.

Selon nous le capital social dans les S.A. est le montant fixe et intangible qui assure un minimum de garantie aux créanciers, avec lequel la société commence son activité et sur lequel les actionnaires s'interdisent tout prélèvement. Le montant du capital social divisé en actions entièrement souscrites représente les valeurs nominales déterminées de ces actions. Ce montant du capital est un chiffre abstrait inscrit au passif du bilan pour immobiliser à l'actif une « contre-valeur » correspondante. Le capital social se distingue de l'actif social vu la fixité du premier et la variation du deuxième durant la vie sociale, de même il se distingue des apports présentés par les actionnaires, puisque en cas d'émission au-dessus du pair lors de la fondation, les apports des actionnaires sont plus élevés que le montant du capital, et dans le cas des apports en nature, ces apports peuvent être en réalité plus importants que le capital social.

Le législateur suisse — afin de sauvegarder la fixité du capital — a refusé d'admettre le principe de l'action sans valeur nominale ou l'action de quote-part « Quotenaktie », de même que l'« Arbeitsaktie ». Il ne reconnaît pas non plus le capital autorisé, mais on admet en Suisse la décision préalable d'augmenter le capital social. Le capital, fixé d'avance et en monnaie du pays, doit être intégralement souscrit par les actionnaires soit lors de la fondation de la société, soit plus tard lors de l'augmentation de son capital. Il n'y a pas souscription intégrale du capital dans les cas : d'émission au-dessous du pair, de souscription fictive, conditionnelle (art. 632, al. 4 C.O.) ou de souscription signée sous l'emprise de la crainte fondée et — selon nous — sous les autres vices de consentement comme l'erreur et le dol, contrairement à l'attitude du Tribunal fédéral dans cette question.

Le montant du capital ne peut être inférieur à 50 000 fr. (art. 621 C.O.). Nous avons contesté la possibilité de réduire ce chiffre minimum du capital en cas de dissolution de la société, exception prévue par von Steiger, puisque nous croyons que cette possibilité — malgré sa contradiction avec la loi — encourage l'éludation des prescriptions fiscales.

Le capital doit être intangible pendant toute la vie de la société

puisqu'il représente le gage principal des créanciers sociaux. Nous avons mentionné les dispositions légales pour sa protection et l'importance que le législateur suisse attache à sa conservation. Une des mesures les plus efficaces pour la protection et le renforcement du capital est celle de la constitution des réserves.

L'augmentation de capital par incorporation des réserves — sujet de notre thèse — est un financement propre interne de la société, un « autofinancement », c'est une opération comptable, un simple virement du compte réserves au compte capital. La société procède à une telle opération, principalement pour éviter la disproportion existant entre le montant nominal des actions et leur valeur cotées en Bourse, de même pour éviter la distribution des dividendes exagérés à cause d'un intérêt fiscal ou l'intervention du public.

L'incorporation des réserves au capital social peut s'effectuer soit par l'émission des nouvelles actions à titre gratuit, soit par l'élévation de la valeur nominale des actions existantes. Ces deux modalités sont tout à fait licites en droit suisse ; cependant la première modalité est plus avantageuse pour les actionnaires et le plus souvent employée, comme nous l'avons démontré en examinant les cas de différentes sociétés anonymes suisses qui ont procédé à l'augmentation de capital par incorporation des réserves au cours de ces dernières années.

On distingue théoriquement entre l'incorporation indirecte et l'incorporation directe, comme aussi entre l'incorporation obligatoire et l'incorporation facultative. Cette distinction n'a pas lieu en Suisse, et la pratique montre que toutes les sociétés ont recours à la consolidation directe et obligatoire des réserves, puisque les actionnaires ont toujours la possibilité de vendre leurs actions nouvelles ou leurs droits à des fractions de ces actions.

A l'égard de la société, cette opération a pour effet la consolidation de sa situation financière apportée par l'augmentation de l'actif indisponible et l'obligation de créer de nouvelles réserves légales en proportion. A l'égard des créanciers sociaux l'incorporation des réserves au capital renforce leur gage envers la société et le rend plus efficace qu'auparavant, vu l'indisponibilité apportée à l'actif social. A l'égard des actionnaires, et malgré la stabilité des valeurs appartenant à ceux-ci — en général — cette opération produit une détente par le fait que le cours des titres sera plus proche des valeurs actives qui lui servent de support.

Le Tribunal fédéral et la doctrine suisse admettent que toutes les réserves, sauf la réserve légale — sur le montant qui ne dépasse pas la moitié du capital social — peuvent être incorporées au capital

social. Malgré cette attitude de la doctrine et la jurisprudence suisse, nous avons adopté et développé un avis contraire sur la question de la réserve légale. Nous avons admis la possibilité d'incorporer cette réserve au capital dans certaines conditions.

Les réserves statutaires peuvent être capitalisées, même si elles ont une destination spéciale ; mais l'assemblée générale doit d'abord modifier les statuts en ce qui concerne l'affectation de ces réserves. Les réserves extraordinaires peuvent être incorporées au capital. Quelques auteurs suisses contestent cette possibilité, cependant nous avons affirmé que l'assemblée générale a le droit inaliénable de déterminer l'emploi du bénéfice net, et qu'on peut toujours soutenir que la création des réserves extraordinaires et son incorporation au capital sont nécessaires pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise (art. 674, al. 2 C.O.). Les réserves latentes peuvent être — également — incorporées au capital par une rectification des évaluations d'actif et de passif. Mais la revalorisation des réserves latentes et son incorporation au capital donnent un résultat différent de celui de l'incorporation des réserves ouvertes, puisque l'incorporation des réserves latentes au capital augmente le chiffre d'actif et passif du bilan, du fait de l'apparition de ces valeurs latentes après sa revalorisation, tandis que la capitalisation des réserves ouvertes ne change rien dans le total de l'actif et passif mu bilan.

Or, une fois les réserves latentes transformées en réserves apparentes, rien ne s'oppose à leur incorporation au capital social. La réserve légale peut — selon nous — être incorporée au capital, même si elle ne dépasse pas la moitié du capital, dans le cas où l'administration la propose, s'il n'y a pas de pertes bilancières ou après leur disparition et lorsque les autres réserves, qui sont à la libre disposition de l'assemblée générale, ont été épuisées. Cette incorporation doit être réalisée par conversion directe, puisque la réserve légale n'est pas susceptible d'une répartition aux actionnaires comme dividendes.

Notre opinion est basée sur le fait que la réserve légale dans les S.A. est créée principalement pour couvrir les pertes et protéger les créanciers sociaux. Son incorporation au capital renforce spécialement le gage des créanciers et nous avons stipulé que cette opération ne doit pas être effectuée dans le cas de l'existence d'une perte bilancière. Au point de vue juridique, nous pouvons arriver à cette possibilité d'incorporer la réserve légale au capital, en suivant un des deux chemins différents :

Le premier : l'art. 671, al. 3 C.O. prévoit « En tant que le fonds

de réserve ne dépasse pas la moitié du capital social, il ne peut être employé qu'à couvrir des pertes..., etc. ».

S'agit-il vraiment dans l'incorporation de la réserve légale d'un emploi de cette réserve ou d'une simple capitalisation et blocage ? En incorporant la réserve légale au capital, le total de l'actif ne se trouve pas amoindri, tandis qu'en employant la réserve légale pour couvrir les pertes, une partie de l'actif se trouve supprimée. Or, on peut incorporer la réserve légale au capital en évitant ainsi l'application de l'art. 671, al. 3 C.O.

Le deuxième : même si on admet qu'il s'agit dans la capitalisation de la réserve légale d'un emploi de cette réserve et qu'il faut donc appliquer cet al. 3, nous n'hésitons pas à conclure qu'on peut toujours soutenir que l'incorporation de cette réserve au capital constitue l'une de ces mesures protectrices prévues pour le maintien de l'entreprise et pour la sécurité de son exploitation, puisque ces mesures citées par l'al. 3 sont illimitées, vagues et susceptibles d'une large interprétation.

Nous avons discuté, dans le quatrième chapitre de notre thèse, la différence entre la fondation d'une S.A. et l'augmentation apportée à son capital, et nous avons affirmé après la présentation de plusieurs théories sur cette question, qu'il ne s'agit dans l'augmentation du capital que d'une modification statutaire et non d'une nouvelle fondation ou d'une fondation partielle. Si le législateur suisse prévoit à l'art. 650 C.O. que la société doit — en cas d'émission de nouvelles actions — se conformer aux prescriptions applicables à la fondation, cela n'est que lorsque la nature des choses n'impose pas une solution différente. Or, les règles relatives à la fondation d'une S.A. ne sont pas complètement applicables à l'augmentatoïn du capital. La différence entre la fondation d'une S.A. et l'augmentation de son capital social devient encore plus grande dans le cas de l'incorporation des réserves au capital social. Il n'y a pas lieu d'appliquer dans ce dernier cas les dispositions relatives aux apports en nature, aux reprises de biens et à l'octroi d'avantages particuliers (art. 650, al. 2 C.O.), puisqu'ils ne s'agit pas d'émission publique de nouvelles actions, mais d'actions émises à titre gratuit et libérées par les propres moyens financiers de la société, à moins qu'il ne s'agisse pas d'une incorporation partielle, car dans ce dernier cas, il faudrait appliquer l'art. 650, al. 2 C.O.

De même il n'y a pas lieu — dans l'incorporation des réserves au capital — d'exiger la rédaction d'un prospectus, puisqu'il ne s'agit pas d'une souscription publique.

Les dispositions concernant le minimum de la libération des nou-

velles actions (art. 633, C.O) et le dépôt du capital social versé auprès d'un office cantonal de consignation, sont inapplicables en cas d'émission d'actions à titre gratuit. Les bulletins de souscription seraient superflus dans le cas de la capitalisation des réserves, puisque la mise de fonds est effectuée par autofinancement de la société.

L'augmentation du capital par incorporation des réserves se réalise en règle générale en une seule assemblée générale des actionnaires. C'est la procédure dite simultanée qui est la plus courante dans la pratique suisse. L'administration présente à cette assemblée un projet complet d'incorporer les réserves soit par l'émission de nouvelles actions à titre gratuit, soit par l'élévation de la valeur nominale des actions existantes. L'assemblée générale décide en même temps l'augmentation de capital par incorporation des réserves et la réalisation de cette opération. Ces décisions sont prises par la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées, sauf dispositions spéciales des statuts. Cependant, il y a lieu de réunir deux assemblées générales (procédure successive) dans le cas d'incorporation partielle des réserves — lorsque une partie seulement du nouveau capital est libérée par les réserves, l'autre partie par souscription publique — et dans le cas des grandes sociétés anonymes, où l'intervention d'un souscripteur unique est recommandable pour distribuer les actions émises à titre gratuit. C'est pour cette raison que nous avons examiné les deux procédures susmentionnées.

La possibilité de l'incorporation partielle des réserves nous a poussé à examiner toutes les conditions de réaliser une augmentation de capital en général, puisque dans l'incorporation partielle, il s'agit d'une souscription publique pour libérer les autres actions qui ne sont pas émises à titre gratuit, sauf le cas où l'autre partie du capital est souscrit par les actionnaires eux-mêmes. De même nous avons examiné la question d'apports en nature, de reprise de biens et d'octroi d'avantages particuliers, vu la possibilité de ces rapports, reprises de biens et avantages particuliers dans le cas de l'incorporation partielle des réserves. Il n'est pas question de nier la possibilité d'octroi d'avantages particuliers dans le cas de l'augmentation de capital comme dans le cas de la fondation, bien que quelques auteurs suisses n'admettent cette possibilité que lors de la fondation d'une S.A. Mais nous croyons que la rédaction de l'art. 628, al. 3 C.O. n'est pas très heureuse, puisque cet alinéa laisse croire que les avantages particuliers ne sont possibles que dans le cas de la constitution de la société. Nous avons proposé deux différentes rédactions d'un nouvel alinéa 3 de l'art. 628 C.O. (voir quatrième chapitre, § 7).

Les bons de jouissance et les parts de fondateurs sont le plus souvent employés dans la pratique comme des avantages particuliers. Les derniers sont octroyés seulement dans le cas de la fondation, tandis que les bons de jouissance sont accordés non seulement dans le cas de la fondation, mais aussi dans le cas de l'augmentation apportée à son capital. C'est pour cette raison que nous avons examiné les droits attachés aux bons de jouissance et la possibilité de répartir à leur porteur des actions à titre gratuit, de même la question de la conversion des bons de jouissance en actions gratuites à l'occasion de l'augmentation de capital par incorporation des réserves, cas tout à fait licite, dont nous avons donné un exemple dans la pratique suisse.

BIBLIOGRAPHIE

- AMIAUD : *Traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les S.A.* Paris 1920.
- ANDERMATT A. : *Die Aktiengesellschaft im Verkehr mit Grundbuch, S.A.S.*, 12, p. 129.
- BACHMANN Gottlieb : *Commentaire du code fédéral des obligations du 30 mars 1911* de Schneider et Fick. Adaptation française de la 4^{me} édition allemande par : Max Rosset. Neuchâtel 1916. Titre vingt sixième de la société anonyme ou société par actions.
- BALASTER Peter : *Die qualifizierte Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaften.* Diss. Zürich, Aarau 1953.
- BATARDON : *Traité pratique des sociétés commerciales*, 10^{me} édition, Paris 1950.
- BAUMBACH Adolph, HUECK Alfred : *Aktiengesetz 9 Auflage*, München und Berlin 1956.
- BENOIT L., CHEVALLEY R., MORIGGIA R. : *Technique comptable. Cours de comptabilité.* Lausanne, Payot 1956.
- BIETENHOLZ Gerhard A. : *Aktienkapital aus Reserven*, S.J.Z. 44, p. 80.
- BOSSARD E. : *Die Reserven der AG im Neuen OR.* Diss., Bern 1940.
- BROILLET Marcel : *Der Genusschein nach dem neuen Schweizerischen OR.* Diss. Zürich 1950.
- BÜCHLER H. : *Die Erhöhung des Grundkapitals mit Ausgabe von Gratisaktien nach Sch. OR.* Dissertation, Bern, 1926.
- BÜRGI Wolfhart : *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Obligationenrecht. Die Aktiengesellschaft (art. 660-697)*, Zürich 1957 ; ouvrage cité au nom de l'auteur.
- CALMÈS Albert : *Administration financière des entreprises et des sociétés.* 2^{me} édition, Paris, 1928.
- CAPITAINE Georges : *La décision préalable d'augmentation du capital social d'une société anonyme.* S.A.S. 14, p. 220.
- *Les statuts des sociétés holding en Suisse*, Basel, 1943.
 - *La société coopérative.* Edition des fiches juridiques suisses, Genève.
 - *Qui peut disposer des réserves latentes et ouvertes d'une S.A. ou d'une société coopérative et dans quelles mesures.* Z.S.R. 1942, p. 73.
 - *Du droit de libre disposition des anciennes réserves d'une S.A. sous l'empire du C.O. révisé.* (D'une conférence faites à Zurich le 12 décembre 1940 à l'Association des Juristes zurichois). Z.B.J.V. 1941. Band 77, p. 49.
 - Discours donné à la 74^{me} assemblée annuelle de la société suisse des Juristes de Zurich des 8 et 9 septembre 1940 publié à Z.S.R. 1940, 59, p. 274 sur « *Les fonds de réserve de la société anonyme* ».

- CARRY P. : *Sur l'action de quote part* (La semaine judiciaire 1929, p. 177).
- *Augmentation du capital social d'une S.A. sans versement nouveau*. Journal de Genève 11 octobre 1941.
 - *Quelques inadvertances du législateur dans le C.O. révisé*, conférence donnée en 1947, mars (Basler Juristenverein) résumée par Paul Lanz. Voir S.A.S. 19, p. 239.
- CHALARON L. : *L'augmentation du capital social par incorporation des réserves dans les S.A.* Thèse, Lyon 1935.
- CORDONNIER Paul : *Les augmentations de capital*. Journal des sociétés civiles et commerciales 1949, p. 81 et ss.
- COUCHEPIN René : *Praxis des Bundesgerichts in Handelsregistersachen* Zürich 1946.
- CURTI Arthur : *Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz*, Berlin 1930.
- DARDENNE, CONTRAT : *Les augmentations de capital*. Thèse, Poitiers 1924.
- DESLANDS Marcel : *Les augmentations de capital dans les S.A. depuis 1914*. Thèse, Paris 1924.
- DUFOUR Ami : *Le régime juridique des bons de jouissance d'après le projet de révision du code des obligations*. Thèse, Genève 1936.
- EGGER A. : *Das Aktienrecht nach den Beschlüssen der Expertenkommission*. S.J.Z. 21, p. 345.
- *Die Aktiengesellschaft nach dem res. schweizerischen Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936*. S.J.S. 34, p. 1.
- EGGER J.G. : *Dividendenbezugsrecht des Aktionärs*. Auflage, Berlin 1930.
- ESCARRA Jean : *Manuel de droit commercial*. Paris, tome I, 1947. Tome II, 1948.
- ESCARRA et RAULT : *Traité théorique et pratique de droit commercial*. Tome second. Société par actions. Paris 1951.
- FAVRE Jean : *La revalorisation des réserves latentes en droit suisse*. Thèse, Fribourg 1952.
- DE FÉLICE S. : *Les apports en nature dans la fondation de la société anonyme*. Z.S.R. 42, p. 186 a.
- FISCHER Rudolf : *Handbuch des gesamten Handelsrechts*. Herausgegeben von Dr. Victor Ehrenberg. Dritter Band, 1. Abteilung, Leipzig 1916.
- FOLLIET E. : *Le bilan dans les S.A.* Sixième édition, Lausanne 1954, ouvrage cité au nom de l'auteur.
- *Les actions gratuites et le fisc*. Z.S.R. 64, 1945, p. 227.
- FUNK Fritz : *Kommentar des Obligationenrechtes, zweiter Band*. Das Recht der Gesellschaften. Aarau 1951, ouvrage cité au nom de l'auteur.
- GAHLER J. : *Zur Frage, unter was für Voraussetzungen der Nennwert der Aktie unter hundert Franken herabgesetzt werden kann*. S.A.S. 14, p. 1.
- GIERKE Julius von : *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*. 7. Auflage, Berlin 1955.
- GIROUD Emile : *Manuel de la révision des livres et du bilan en Suisse*, traduction française par Henri Cuchet, Lausanne 1945. Librairie Payot.

- GODIN Reinhard von - WILHELMI Hans : *Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien* (Aktiengesetz) vom 30. Januar 1937. Berlin und Leipzig 1937.
- GOLAY Jean : *Quelques aspects du financement de l'industrie suisse de 1930 à 1939*. Thèse, Lausanne 1941.
- GRANGÉ Maxime : *L'autofinancement des entreprises*. Thèse, Paris 1943.
- GUHL H. : *Les parts des fondateurs dans les sociétés par actions*. Thèse, Lausanne 1923.
- GUHL Théo : *Die Gründung einer Aktiengesellschaft nach dem revidierten Obligationenrecht*. S.A.S. 9, p. 113.
- GUHL Théo / René des GOUTTES : *Le droit fédéral des obligations* (traduit de l'allemand d'après la troisième édition). Zurich 1947.
- GUHL Théo : *Das schweizerische Obligationenrecht*, fünfte Auflage, Zurich 1956.
- *Le nouveau droit des sociétés anonymes et coopératives*. Edition française de l'édition originale allemande qui est apparue à Zurich 1937, par Albert Comment.
 - F.J.S. Nr. 394 (*les droits de l'actionnaire*).
 - —S.A.S. 7, p. 165. *Die Rechtstellung des betroffenen Aktienzeichners*.
- HAMEL et LAGARDE : *Traité de droit commercial*. Tome premier, Paris 1954.
- HEGNER Franz : *Die Selbstfinanzierung der Unternehmung als theoretisches Problem der Betriebswirtschaftslehre und der Volkswirtschaftslehre*. Diss. Bern 1946.
- HELLMÜLLER Hans : *Die stillen Reserven des A.G.* Diss. Bern Konstanz 1947.
- HENGGELEER Josef und Emmy : *Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankgesetz und im neuen Schweiz. Aktienrecht*. Zürich 1937.
- HIGY Camille : *Das schweizerische Steuersystem* 1947.
- HOUPIN et BOSVIEUX : *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales*. Cinquième édition. Tome premier, Paris 1918.
- HOUPIN C. : *Transformation de fonds de réserve en action à titre d'augmentation du capital social*. Journal des sociétés civiles et commerciales 1901, p. 49.
- *De la transformation de fonds de réserve en action à titre d'augmentation du capital social*. Journal des sociétés civiles et commerciales 1908, p. 385.
- HUBER K. : *Die qualifizierte Gründung des G.m.b.H.* Bern. Diss. 1939.
- JANGGEN A. : *Die Reserven insbesondere die stille der A.G.* S.J.Z. 25, p. 321 et suivante.
- JANTON H. : *Etude financière et juridique sur l'augmentation du capital social dans les S.A.* Thèse, Paris 1931.
- JOFFROY Pierre : *Des réserves et de leur incorporation au capital social dans les S.A.* Thèse, Toulouse 1944.
- KOLB Kurt : *Die Gratisaktie*. Diss. Bern 1945.
- LACHENAL G. : *Le droit préférentiel de souscription*. Thèse, Fribourg 1946.
- LANDERON Jacques : *Les augmentations de capital dans les sociétés anonymes*. Thèse, Bordeaux. Rec. Sirey 1947.

- MALISSEN Marcel : *Contribution à l'étude de l'autofinancement des sociétés en France et aux Etats-Unis*. Thèse, Grenoble 1953.
- MORANT Albert : *Die Gründung der A.G. nach neuem Recht, insbesondere Gründungsverantwortlichkeit und Auflösungsklage*. Berne 1939.
- MAY Pierre von : *Die Gründung der Aktiengesellschaft, ihre geschichtliche Entwicklung in der Schweiz, insbesondere in den Kantonen Bern und Zürich*. Diss. Bern 1945.
- MOREAU André : *La Société anonyme, traité pratique*. Deuxième édition, premier volume, Paris 1955.
- MÜLLER ERZBACH Rudolf : *Deutsches Handelsrecht*. Zweite und dritte Auflage, Tübingen 1928.
- NEUHAUS J. : *Aktiengesellschaft und Statistik*. S.A.S. 1958, p. 150.
- PERRIN Gaston : *Les répercussions économiques de l'utilisation des réserves dans les S.A.* Thèse, Lausanne 1946.
- PIC Paul : *Traité général théorique et pratique de droit commercial*. Deuxième édition, Paris 1925.
- RAUCH Karl : *Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln*. Dritte Auflage. 1. Teil. Graz. 1947. 2. und 3. Teil, Graz 1950.
- REICHWEIN Heinz : *Die Besteuerung von Gratisaktien*. S.A.S. XXI, p. 226.
- RENAUD Achilles : *Das Recht der Aktiengesellschaft*. Leipzig 1863.
- RIPERT Georges : *Traité élémentaire de droit commercial*. Deuxième édition, Paris 1951.
- ROSSEL Virgile : *Code civil et code des obligations*. Huitième édition, Payot, Lausanne 1957.
- ROUSSEAU Rodolphe : *Traité théorique et pratique des sociétés commerciales françaises et étrangères*. Cinquième édition, Paris 1921.
- ROYER Copper : *Traité théorique et pratique des sociétés anonymes*. Troisième édition, Paris 1926.
- SALIS Rodo von : *Das autorisierte Kapital*. Rechtsvergleichende Behandlung von Gründungsfinanzierung und Kapitalerhöhung der Aktiengesellschaft. Diss. Zürich 1937.
- SCHERRER Werner : *Die Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft*. Festgabe der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag. September 1942. Basel 1942, p. 39 et suivante.
- SCHMALENBACH Eugen : *Die Beteiligungsfinanzierung*. 8. Auflage. Köln und Opladen 1954.
- SCHMID Werner : *Das feste Grundkapital der Aktiengesellschaft*. Diss. Zürich, Aarau 1948.
- SCHUCANY E. : *Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht*. Zürich 1940.
- SCHULTHESS Robert : *Die verschleierte Apportgründung der A.G.* Diss. Zürich 1934.
- SENARCLENS Jean de : *Les réserves des sociétés anonymes*. Lausanne 1943, ouvrage cité au nom de l'auteur.
- F.J.S. Numéro 951, *Réserves des sociétés anonymes*.

- SIEGWART Alfred : *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Das Obligationenrecht. Die Aktiengesellschaft (art. 620-659). Zürich 1945, ouvrage cité au nom de l'auteur.
- *Das Buchführungs- und Bilanzrecht im Entwurf zum Obligationenrecht*. Z.S.R. 45, p. 193 a.
- SNOZZI E. G. : *L'interprétation du bilan*. Paris 1953.
- STADLIN Paul : S.A.S. 17, p. 185 (über die Rechtsstellung des Eigentümers von in Nutzniessung stehenden Aktien).
- STAEHELIN Max : *Die Reserven der Aktiengesellschaft*. Z.S.R. 1939, 58, p. 117 a. Voir également procès-verbal de la 74^e Assemblée annuelle de la Société suisse des juristes, publié à Z.S.P. 1940, p. 221 a. Rapport de M. Staehelin, p. 252 a.
- STAUB : *Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. 12. und 13. Auflage. Zweiter Band. Berlin und Leipzig 1926.
- STEIGER F. von : *Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz*. Zweite Auflage, Zürich 1952.
- STEIGER von / COSANDEY : *Le droit des sociétés anonymes en Suisse*. Adaptation française de la première édition allemande. Lausanne 1950, ouvrage cité au nom de l'auteur.
- STEIGER F. von : *Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach Schweizerischer Doktrin und Praxis*. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 1955. Band 118, Heft 4, S. 161. Voir également l'adaptation française de cette étude par Charles F. Gonseth parue à Lausanne, Payot.
- STEIGER von / FREYMOND : *Les inscriptions concernant les sociétés anonymes au registre du commerce*. Zurich 1938.
- STEIGER F. von : *Die Anpassung der Aktiengesellschaften an das neue Recht*. Zurich 1937.
- *Gibt es bei der Kapitalerhöhung ein sog. Simultanverfahren*. S.A.S. 16, p. 95.
- *Zur Auslegung von art. 627 OR*, S.A.S. 21, p. 171.
- S.A.S. 13, p. 147. (können Genussaktien, die unter altem Recht ausgegeben wurden, weiter bestehen ?)
- *Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln*, S.A.S. 28, p. 33.
- STEINER E. : *Sind nach dem neuen OR Genussaktien zulässig*, S.A.S. 10, p. 166.
- STRICKER W. : *Aktienkapitalerhöhungen und Bezugsrecht*. Diss. Zürich 1955.
- THALLER E. : *De l'augmentation du capital par transformation en actions soit du passif, soit des réserves de la société*. Annales de droit commercial 1907. Bd. 21, p. 177.
- THALMANN ERNST : *Die Aktiengesellschaft* (Sieben Vorträge über das Neue Obligationenrecht veranstaltet vom der Basler Handelskammer). Basel 1937.
- VAES URBAIN J. : *La technique du Financement des Entreprises et spécialement des sociétés de capitaux*. 3^e édition, Paris, Dunod 1956.
- VIAUX HENRI : *Des augmentations de capital en période d'inflation*. Thèse, Paris 1945.
- WALDKIRCH H. von : *Aktienkapital aus Reserven*, S.J.Z. 44, p. 1.
- WEBER H. : *Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der stillen Reserven*. Diss. Bern 1946.

- WEHRLI : *Die Sachübernahmegründung nach schweizerischen und deutschem Recht.* Diss. Zürich 1940.
- WIEDEMANN E. et DONZALLAZ P. : *Bilans. Aspect juridique et comptable.* Lausanne, Payot 1945.
- WEISS GOTTFRIED: *Berner Kommentar. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Obligationenrecht. Band VII, 2. Abteilung. Das Aktienrecht I Lieferung.*
- WETTSTEIN GEORG : *Die nicht voll einbezahlte Aktie.* Diss Zürich 1948.
- WIELAND ALFRED : *Kritisches zum Kapital der Grundkapitalveränderungen nach dem neuen Aktienrecht.* Z.S.R. 57, p. 1.
- *Die Sachübernahmegründung der Aktiongesellschaft in der bundesgerichtlichen Praxis.* S.J.Z. 45, p. 33 et 51.
 - *Die Unvereinbarkeit des Erwerbs eigener Aktien mit dem Einlage Rückzahlungsverbot.* Z.S.R. 56, p. 202.
 - *Zur Kapitalerhöhung der Aktiengesellschaft mit und ohne Vermehrung des Gesellschaftsvermögens.* S.J.Z. 49, p. 157 et p. 171.
 - *Die Haftbarkeit der Verwaltung einer A. G. gegenüber dem Aktionär und dem Gläubiger nach OR, Art. 674, Z.S.R., Bd. 23, p. 260.*
- WIELAND KARL : *Handelsrecht. Zweiter Band. Die Kapitalgesellschaften.* München und Leipzig 1931, ouvrage cité au nom de l'auteur.
- *Die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Entwurf eines revidierten Obligationenrechts, Z.S.R. 41, p. 121.*
- WIRZ URSULA : *Die Vereihteilung des Aktienkapitals.* Diss. Bern, 1955.
- ZIMMERMANN FRITZ : *Bilanz und Revisionsproblem,* S.J.Z. 51, p. 117.
- ZIMMERMANN HARRY : *Buchführung. Bilanzgewinn und Verlustrechnung sowie Gesellschaftsbericht im revidierten Obligationenrecht.* Z.S.R. 45, p. 1 a.
- *Die zweifelhafte Bindung des gesetzlichen Reservefonds (art. 671, Abs. 3 OR).* S.A.S. 19, p. 165 et p. 195.

TABLE DES MATIÈRES

Abréviations	9
INTRODUCTION	11
Chapitre I. NOTION DU CAPITAL DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES	21
§ 1. Définition du capital social	21
§ 2. Fixité et intégralité du capital social	26
A) Fixité du capital	26
B) Intégralité du capital	27
§ 3. Minimum du capital social et du montant des actions	30
§ 4. L'intangibilité du capital social. — Les mesures prises pour sa protection.	34
Chapitre II. L'INCORPORATION DES RÉSERVES AU CAPITAL SOCIAL. — BUT, MODES ET EFFETS DE CETTE INCORPORATION . .	41
§ 1. Sens de la capitalisation des réserves	43
§ 2. Autofinancement	44
§ 3. Les motifs de cette opération	46
§ 4. Modes d'incorporation des réserves au capital social .	51
§ 5. Mécanisme de la conversion	58
§ 6. L'incorporation obligatoire et facultative	60
§ 7. Effets de l'incorporation.	61
Chapitre III. LES RÉSERVES SUSCEPTIBLES D'INCORPORATION AU CAPITAL SOCIAL . . .	65
§ 1. Les réserves statutaires	66
§ 2. Les réserves extraordinaires	67
§ 3. Les réserves latentes	70
A) Généralités	70
B) Capitalisation des réserves latentes	73

§ 4. La réserve légale	76
A) But de la réserve légale et sa capitalisation .	77
B) La possibilité de cette conversion en droit suisse. — Notre opinion sur cette question .	80
C) Justification de notre opinion	85
 Chapitre IV. PROCÉDURE, CONDITIONS DE RÉALISATION	93
§ 1. Licéité de l'opération	93
§ 2. Différence avec la nouvelle fondation	94
§ 3. Décision d'incorporation des réserves au capital social	100
 Section 1. Procédure successive ou la réunion de deux assemblées générales pour l'augmentation du capital social	101
Conditions de réalisation	111
§ 1. Convocation de l'assemblée générale	111
§ 2. Les ayants droit à prendre part à l'assemblée générale	113
§ 3. Le rapport de l'administration.	117
§ 4. Le prospectus	119
§ 5. Le bulletin de souscription	120
§ 6. Apports en nature et reprises de biens	124
§ 7. Avantages particuliers	128
Les bons de jouissance et la possibilité de répartir à leurs porteurs des actions à titre gratuit	133
A) Le droit à une part de liquidation	135
B) Le droit à une portion de bénéfice net	136
C) Droit préférentiel de souscription attaché aux bons de jouissance	138
Conversion de bons de jouissance en actions gratuites	142
§ 8. La majorité requise pour l'incorporation des réserves au capital social	143
 Section 2. Procédure simultanée ou la réunion d'une seule assemblée générale pour l'incorporation des réserves au capital	146
 CONCLUSIONS	149
 Bibliographie	155
Table des matières	161

ACHEVÉ D'IMPRIMER EN
AOÛT MIL NEUF CENT
CINQUANTE-HUIT SUR LES
PRESSES DE L'IMPRIMERIE
H. JAUNIN S. A., LAUSANNE

